



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

“MEDIACIÓN RESTAURATIVA:

**APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN DELITOS DE TRÁNSITO
SUSCEPTIBLES DE SER REPARADOS CONFORME AL MARCO
JURÍDICO ECUATORIANO Y LA JUSTICIA RESTAURATIVA”**

Arroyo Naranjo Juan José

DIRECTORA: Dra. María del Rocío Bermeo Sevilla

QUITO, 2013

Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mi madre Maritza Naranjo... quien siempre se esforzó por decirme que los frutos de mi esfuerzo son de mi pertenencia... pero hoy le digo, que la fuerza de la vida me enseñó, que es igual o más importante quien cultivó la semilla.

Y aunque tuve que buscar un poco, pude encontrar la voz de lo que me has enseñado en el Derecho. Gracias con todo mi corazón por el sacrificio, el impulso constante y el amor.

Agradecimiento

Mi agradecimiento a todos quienes me apoyaron en esta carrera académica, a la doctora Daniella Camacho Herold, maestra y amiga, por ser la primera en instruirme en la práctica del arte del Derecho y tener fe en mi capacidad sobre este campo.

A la doctora Rocío Bermeo de quien tuve la suerte de contar con su apoyo en dos momentos cruciales de mis estudios: orientándome en el inicio mismo de la carrera como mi tutora y en la finalización de la misma brindándome su valiosa ayuda en este trabajo.

Le agradezco a Ruth, quien sostuvo mis manos a lo largo de esta tesis... justo cuando parecían hacerse más pesadas.

A todas las personas presentes a lo largo de esta carrera, a mi padre Juan y mi hermana Alejandra, a mis profesores, amigos y a mi familia... pero sobre todo agradezco a Dios por traerme hasta este importante momento.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|----|
| RESUMEN | vi |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPITULO I: LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU CAMPO DE APLICABILIDAD EN MATERIA DE TRÁNSITO | 5 |
| 1.1. Mediación como método alternativo de solución de conflictos..... | 5 |
| 1.1.1. <i>Concepto</i> | 6 |
| 1.1.2. <i>Marco legal que sustenta la mediación en el Ecuador</i> | 9 |
| 1.1.3. <i>Principios de la Mediación</i> | 10 |
| 1.2. Procedimiento de Tránsito: posibilidad de intervención de la mediación | 13 |
| 1.2.1. <i>Descripción del conflicto derivado de un delito de tránsito: identificación de problemas en cada etapa</i> | 16 |
| 1.2.2. <i>Posibilidad de Mediación en delitos de tránsito: Artículo 170 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial</i> | 18 |
| 1.2.3. <i>¿Son materia transigible los delitos de tránsito?</i> | 19 |
| 1.2.4. <i>Carácter de pecuniario del daño material</i> | 20 |
| 1.3. Etapas del procedimiento de tránsito en las que la mediación podría intervenir: ventajas y desventajas..... | 22 |
| 1.3.1. <i>Intervención de la mediación en la etapa preprocesal</i> | 22 |
| 1.3.2. <i>Intervención de la mediación en la etapa procesal y posibilidad de Derivación de causas</i> | 25 |
| 1.3.3. <i>Intervención de la mediación en la etapa post procesal</i> | 27 |
| 1.4. Comparación de las figuras jurídicas utilizadas para resolver conflictos de tránsito con el Acta de Mediación como producto del Acuerdo en la Audiencia de Mediación..... | 33 |
| 1.4.1. <i>El Acuerdo Reparatorio versus el Acta de Mediación</i> | 33 |
| 1.4.2. <i>El acta transaccional y el Acta de Mediación</i> | 37 |
| 1.5. Breve propuesta normativa que incorpora la mediación en el procedimiento de tránsito | 40 |
| CAPITULO II: JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU RELACION CON EL PROCESO DE MEDIACION..... | 43 |
| 2.1. Justicia Restaurativa | 43 |
| 2.1.1. <i>Definición</i> | 43 |
| 2.1.2. <i>Experiencia internacional, Derecho comparado</i> | 45 |
| 2.1.3. <i>Alcance de la Justicia Restaurativa, objetivos</i> | 54 |
| 2.1.4. <i>Inserción de la Justicia Restaurativa en la Audiencia de Mediación</i> | 56 |

| | |
|--|------------|
| 2.1.5. <i>Ampliación del campo de acción de la Mediación en aplicación de la Justicia Restaurativa</i> | 60 |
| 2.2. Construcción del concepto “mediación restaurativa” | 62 |
| 2.2.1. <i>Mediación como espacio de acercamiento víctima – victimario</i> | 62 |
| 2.2.2. <i>Mediación como sistema integral de reparación a la víctima</i> | 65 |
| 2.2.3. <i>Rol del mediador como facilitador de acuerdos, búsqueda del perdón arrepentimiento</i> | 69 |
| CAPITULO III: APLICACIÓN DE LA “MEDIACION RESTAURATIVA” EN DELITOS DE TRÁNSITO | 74 |
| 3.1. Aplicación del concepto “Mediación restaurativa” en delitos de tránsito para resarcir daños materiales y lesiones conforme a la ley | 74 |
| 3.2. Ámbito de aplicación de la Mediación restaurativa para resolver conflictos sociales derivados de infracciones de tránsito | 74 |
| 3.2.1. <i>Escalamiento del conflicto</i> | 75 |
| 3.2.2. <i>Reducción de la violencia producida por infracciones de tránsito</i> | 77 |
| 3.2.3. <i>Reducción de reincidencia de delitos de tránsito</i> | 79 |
| ANÁLISIS | 81 |
| CONCLUSIONES | 86 |
| RECOMENDACIONES | 93 |
| BIBLIOGRAFÍA: | 95 |
| ANEXOS | 107 |

RESUMEN

El Ecuador mantiene un problema de congestión de causas, tanto en materia de tránsito como en materia penal en general. La mediación aparece como una forma de solventar este problema actuando de manera extrajudicial, sin embargo existe un problema mayor y subyacente. El descuido a la víctima como ser humano. La justicia retributiva, en la que se fundamenta el proceso penal, se centra en el castigo descuidando a los actores del conflicto.

La mediación está dotada de ventajas sobre el proceso litigioso, surge como el lugar natural de la justicia restaurativa que se contrapone al modelo tradicional, buscando la reparación de la víctima en su honra y demás bienes jurídicos descuidados usando a la mediación como su vehículo.

La mediación entonces se convierte en el lugar ideal para que víctima y victimario se encuentren produciéndose el fin último de la justicia restaurativa, es decir el arrepentimiento del victimario y el perdón de la víctima, esto trascenderá hasta la sociedad reparando el tejido social lesionado.

La investigación usó el método exegético, comparativo, analítico- deductivo. La técnica usada en su mayoría fue la investigación documental y bibliográfica de diferentes fuentes: libros, artículos, discursos, legislación, revistas y búsqueda en internet, también se ha enriquecido en cierto nivel con la las opiniones de personas vinculadas al conflicto de tránsito, datos fácticos obtenidos mediante breves entrevistas.

El presente trabajo procurará analizar dos pilares: la justicia restaurativa y el proceso de mediación, descomponiendo sus elementos, describiéndolos y relacionándolos, identificando su importancia y necesidad para luego hacerlos confluir en un modelo que podría eventualmente ser aplicada a la realidad.

"Lo alternativo no es la negociación y la mediación. Éstas deberían ser las formas normales de resolución. Lo alternativo, aunque muchas veces necesario, debería ser el litigio."

Marinés Suares, Mediando en Sistemas Familiares.

INTRODUCCIÓN

La tendencia en la actualidad mundial y específicamente en el Ecuador es la de evitar el litigio y buscar soluciones extrajudiciales que fomenten la cultura de paz como se señala en el Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial numeral 11:

Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad. Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional;

Esta corriente ideológica ha impulsado la mayoría de reformas legales en el Ecuador, comenzando por la misma Constitución, que define al Estado con las características de constitucional de derechos y justicia social. Se entiende que sus objetivos son promover la solución de conflictos fomentando el dialogo, la discusión y la negociación entre las partes, el decrecimiento de la conflictividad y desintegración social.

En materia penal se ha mantenido la reserva en cuanto a utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, no es sino hasta las reformas de 24 de marzo del 2009 en que se evidencia la paulatina apertura para la introducción de medidas alternativas al ejercicio de la acción penal (conversión, acuerdo reparatorio) posibilitando, al menos de forma teórica, la implantación de estas nuevas instituciones que buscan terminar o al menos

suspender el engorroso litigio con el fin de agilizar la administración justicia respondiendo a la clara necesidad estatal por encontrar una alternativa de solución extrajudicial que termine los conflictos de manera más eficaz descongestionando al sistema judicial.

Esta tendencia responde sobre todo a los principios de mínima intervención penal y oportunidad señalados en el artículo 195 de la Constitución de la República y se encuentran plasmados sobre todo las reformas de la Ley 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de marzo del 2009, contempladas en los artículos innumerados que siguen al artículo 37 y 39 del Código de Procedimiento Penal así como el artículo 38, además del artículo 170 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial.

Como se ha mostrado, la nueva corriente que se impulsa desde la carta magna, amerita su pronta ejecución para que no solo se mantenga como principio o enunciado.

La presente tesis pretende determinar la pertinencia y posibilidad de aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos, específicamente la mediación, como una respuesta emergente, oportuna, factible y preferente para lograr la descongestión, superar lentitud e ineficacia del sistema judicial actual, presentándose de manera no excluyente sino fortalecedora de las formas de abstención del ejercicio de la acción penal.

No se puede dejar de lado el invaluable aporte social que supone la aplicación de la mediación, y que se expone en el segundo capítulo de esta tesis. Se debe remarcar que aunque el Código de Procedimiento Penal prevé escuetamente un espacio para realizar acuerdos en materia penal, no se contempla en absoluto un espacio donde víctima y victimario se encuentren y tomen consciencia del daño causado por el delito, una zona neutral donde las partes directamente afectadas puedan exponer sus posturas, donde se pueda materializar el perdón del ofendido y el arrepentimiento del victimario, es decir los objetivos mismos de la Justicia Restaurativa. Esto sin embargo se lograría con éxito, como se pretende esbozar, en el proceso de Mediación.

Es bajo este encuadre se procurará vincular los principios de la Justicia Restaurativa, que a breves rasgos consiste en nueva visión del derecho penal que se enfoca en la reparación de la víctima desde su dignidad desviando la atención únicamente en el castigo.

Esta aplicación de la Justicia Restaurativa al proceso de mediación se conjuga en lo que se propone bajo el nombre de “mediación restaurativa” cuya atención podría acarrear consecuencias positivas como la disminución del índice de reincidencia, el escalamiento del conflicto, la disminución de la violencia y el fortalecimiento de la cultura de paz que son propias de una justicia más equitativa en la que las partes se obligan no solo legal sino moralmente.

Este estudio pretenderá exponer cómo la mediación es la mejor alternativa para un arreglo judicial o extrajudicial que de por terminado un conflicto en materia de tránsito, y como la llamada “mediación restaurativa” amplía el campo de acción del derecho penal convirtiéndose en un espacio adecuado para que se repare a la víctima de manera integral desde su dignidad y honra aplicando los principios de la justicia restaurativa.

El presente estudio consta de tres partes: en la primera se describe el proceso de mediación, sus características y principios, la factibilidad e idoneidad de adaptarla al procedimiento de tránsito, su ámbito de aplicación y momentos procesales en los que eventualmente tendría cabida además de hacer una correlación con las formas actuales de suspender el conflicto cuando se encuentra en litigio. Para este efecto se analizará doctrina procesal penal y se la enfocará en los procedimientos de tránsito.

La segunda parte de la tesis versará sobre la justicia restaurativa y su relación con la mediación, se analizará principios, conceptos y adaptación de esta corriente de pensamiento para conformar el término “Mediación Restaurativa”, de igual forma se analizará el desenvolvimiento de audiencia de mediación como tal, se observará el rol del mediador para acercar a las partes así como principios propios de la mediación, que presenta ventajas al proceso judicial.

Como tercera parte, y de forma complementaria, se investigará la intervención de la justicia restaurativa en la mediación como escenario adecuado para “desescalar” el conflicto, fomentando una cultura de respeto a las normas de tránsito y como forma de incentivar la educación en materia de seguridad vial y prevención, además de su utilidad para la identificación de problemas sociales que pueden resolverse eficientemente trascendiendo el marco de la justicia tradicional.

El tema en mención se va a circunscribir en las leyes ecuatorianas vigentes, en temas específicos de tránsito haciendo énfasis en el mencionado art. 170 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, que presenta un campo ideal para la introducción de la mediación en primera instancia y de la justicia restaurativa.

Además se procurará contrastar el articulado pertinente con la realidad internacional en países que han desarrollado con éxito modelos de mediación y justicia restaurativa además con la sociedad ecuatoriana actual.

No se incluirá en esta investigación el estudio profundo del hecho delictivo, ni el inter críminis, no se tratará a profundidad la mediación en delitos graves como en los que resultan víctimas mortales ya que por el grado de conmoción y complejidad que suponen se ha preponderado por el alcance de un modelo de mediación de pronta y factible aplicación, en delitos especialmente de daño material y lesiones. Tampoco se considerará, como ya se ha mencionado, un análisis sobre materia transigible ni se ahondará sobre las distintas teorías del origen del delito ya que el objetivo es reconocerlo como una afectación ya producida y centrarse principalmente en las consecuencias del acto y su posible reparación desarrollando de este modo la doctrina de la justicia restaurativa así como su relación inherente con la mediación.

Únicamente el presente estudio se enfocará en los delitos de tránsito y no las contravenciones, por suponer a los delitos como actos de mayor gravedad en los que existe la necesidad de instaurar un proceso restaurativo.

CAPITULO I: LA MEDIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU CAMPO DE APLICABILIDAD EN MATERIA DE TRÁNSITO

1.1. Mediación como método alternativo de solución de conflictos

La mediación se ha desarrollado como una alternativa al litigio en el país, conjuntamente con la negociación (que quedó plasmado en el Código Civil al reconocer a las personas la facultad de transar y darle validez jurídica) así como el arbitraje, forman los denominados métodos alternativos de solución de conflictos. La mediación por otra parte, considera que los seres humanos son capaces de resolver por sí mismo sus conflictos y/o disputas en forma efectiva. Y esto ocurre de manera permanente, sólo algunas veces se empantana; entonces la mediación busca rescatar esta capacidad que se encuentra, por algún motivo, obstaculizada.¹

La mediación podría concebirse desde dos puntos de vista, desde el sentido amplio y en el sentido restringido.

En el sentido amplio se entiende la mediación como la forma de encarar conflictos entre personas o grupos², y por lo tanto una institución que cuya existencia se ha mantenido desde siempre, al menos desde que el ser humano pasa a ser un ser gregario manteniendo relaciones con sus similares, sea para la obtención de un bien común o para protegerse de amenazas.

Esta noción abarca a todas las personas que tienen que lidiar con el conflicto, sean abogados terapeutas, psicólogos. Marinés Suares los denomina *operadores sociales*.³

En sentido estricto la mediación se presenta como contrapropuesta al la forma de resolución de controversias judicial.

La Mediación es tan vieja como el conflicto mismo, por lo que es probable que ya existiera mediación desde que había tres personas sobre la Tierra. Tampoco es una alternativa del todo

¹ Suares Marinés. *Mediando en Sistemas Familiares*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 2005, pág. 29.

² Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1996, pág. 56.

³ *Ibíd*em, pág. 57.

novedosa sino que, como muchas instituciones creadas por los seres humanos, fue adaptada, moldeada y formalizada hasta adquirir la noción actual. Finalmente entraría hasta el campo legal siendo incorporada a la normatividad.

1.1.1. Concepto

El término mediación tiene su raíz etimológica en el sustantivo latino *medius* y del verbo *mediare*, como se señala en el texto “*Mediación una respuesta interdisciplinaria*” citando a Yale. Lo compara con inmediato (directo, sin intermediarios), y con el término indoeuropeo *medhyo*, origen de la voz germánica compuesta *midja – gardaz*; *gardaz* (jardín del medio o jardín en el medio), nombre de la tierra, zona intermedia entre el infierno y paraíso.⁴

Es así como Yale interpreta el término afirmando que los disputantes centrarán su postura en señalar la situación que les resulta más favorable (paraíso), menciona:

*Nuestros clientes describirán su propio paraíso si se lo pedimos y si hemos logrado que se sientan cómodos hablando con nosotros sobre el tema. Si, durante todo el proceso de mediación, mantenemos la atención del cliente centrada en su visión, es probable que alcancemos ese objetivo*⁵

Folger y Taylor conciben la mediación como:

La mediación constituye una alternativa a la violencia, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, exponen sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones con considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los

⁴ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros. *Mediación una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997. Pág. 141.

⁵ Secretaría de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Proceso de Mediación y Habilidades del Mediador*. Internet, <http://www.inter-mediacion.com/mediadorescomunitarios.htm>. (Acceso: abril 2012)

*participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes.*⁶

La definición de mediación ha sido ampliamente tratada por varios autores y se la puede encontrar interpretada principalmente por tres escuelas o modelos según la autora Marinés Suares que a breves rasgos son:

La escuela tradicional, de Harvard o Modelo Tradicional Lineal, concibe a la mediación desde el punto de vista de la negociación, por lo que se habla de una negociación asistida. El conflicto es un obstáculo para la satisfacción de intereses. El modelo tradicional está enfocado en el acuerdo, y no toma en cuenta las relaciones entre las partes sino que se centra en el contenido de la comunicación, por lo tanto no intenta modificar las relaciones entre ellas.⁷

El modelo transformativo de Baruch Bush y Folger presenta la mediación como una oportunidad para restablecer el protagonismo de las partes o “*empowerment*”, se contrapone al modelo tradicional y deja a un lado el acuerdo para centrarse en la relación de las partes. Marinés Suares explica que este modelo permitiría al disputante pasar a ser un protagonista de su vida, dice: “al mismo tiempo se produciría el reconocimiento del otro como parte del conflicto, es decir, el reconocimiento del con protagonismo del otro”.⁸

El modelo circular - narrativo de Sara Cobb concibe la mediación como un “proceso para llegar a acuerdos trasformando la narrativa de confrontación, por una historia alternativa que posibilite el cambio”⁹, este modelo considera que cada parte tiene una "versión" del problema, se procurará crear una situación alternativa para que este problema sea todo por las partes desde una nueva óptica. Afirma que modelo circular narrativo tiene la ventaja de su gran aplicabilidad al estar centrado tanto las relaciones con los acuerdos.¹⁰

Como se puede notar la mediación está concebida acertadamente, como un procedimiento, como un mecanismo o forma de negociación asistida o un dispositivo no adversarial. También

⁶ Folberg Jay y Taylor Alison. *Mediación, resolución de conflictos en litigio*, México DF Editorial Limusa, 1992. Pág. 27.

⁷ Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ob. cit. pág. 60.

⁸ Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ob. Cit. pág. 60.

⁹ Secretaría de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Ob.cit (Acceso: abril 2012)

¹⁰ Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Ob.cit. pág. 63

se ha ampliado su noción como una oportunidad de cambio en la relación entre las personas en conflicto, como se insiste en los nuevos modelos, sin embargo todos los puntos confluyen en a señalar que en la mediación se condensa una serie de pasos tendientes a la solución de un conflicto.

En todos los modelos es posible identificar dos características *si ne qua non*. La primera es la presencia de un tercero imparcial llamado mediador. Su grado de participación es también, ampliamente discutido.

Moonkin y otros autores sostienen que el papel del mediador pasa por ser garante de un ámbito favorable para la negociación permitiendo que las partes se escuchen y comprendan entre sí. El mediador trabaja en conjunto con las partes para que reconozcan, entiendan y jerarquicen sus propios intereses y necesidades, y finalmente enuncien las opciones que permitan arribar a un acuerdo justo que se pueda implementar y sea perdurable, pero tan flexible como sea necesario para preservar la posibilidad de los ajustes de sus cláusulas.¹¹

Es así que el mediador no puede tomar una actitud pasiva ante el conflicto que se presenta, debe equilibrar el desbalance del poder entre las partes, encauzar las necesidades, las opciones y las propuestas de solución que nacerán de las partes siempre velando por la legalidad del acuerdo.

A pesar de la diferencia sobre la incidencia del mediador en el conflicto, se puede identificar que la idea imperante es la que concibe al mediador como alguien que brinda su asistencia para que sean las partes quienes sean responsables de generar los acuerdos, de ahí precisamente se desprende la segunda característica esencial: la voluntariedad.

El proceso de mediación ronda en torno a la voluntad de las partes, nace desde el consenso de las mismas por optar por este sistema alternativo y asimismo puede detenerse por la sola decisión de los involucrados. La voluntad es, en efecto, un verdadero límite de existencia para todo el proceso de mediación.

Se puede decir finalmente que la mediación por lo tanto es un dispositivo no adversarial y extrajudicial de resolución de disputas, en el cual las partes acuden de manera voluntaria ante un tercero neutral cuya función es ayudar a que las personas encuentren solución al conflicto.

¹¹ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros, Ob.cit. Pág. 141.

1.1.2. Marco legal que sustenta la mediación en el Ecuador

Es importante enmarcar a la mediación dentro del vasto universo normativo ecuatoriano con el fin de encontrar sus límites y su campo de acción. Para esta finalidad la primera ley que se debe tomar en cuenta es la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial número 145 del 4 septiembre 1997, codificada en Registro Oficial 417 Publicado: 14 diciembre 2006, cuyo tratamiento del proceso de mediación empieza desde el artículo 43 del título segundo. En esta Ley es posible encontrar diversos elementos que orientan el proceso de mediación. Se pueden identificar principios rectores como la voluntariedad y confidencialidad además de nombrarse algunas particularidades del proceso.

Se puede señalar características esenciales que marcan el proceso de mediación en el Ecuador, las más notables son el planteamiento de la posibilidad de la derivación de causas desde la justicia ordinaria a un centro de mediación¹², enunciado presente en el artículo 46 letra c de la mencionada ley, la consagración de la conciliación extrajudicial, la cual se equipara con la mediación de acuerdo al artículo 55 y el reconocimiento del acta de mediación como un documento dotado de efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada además de ejecutarse de mismo modo que las sentencias de última instancia por la vía de apremio.

Es así que la ley de Arbitraje y Mediación la misma establece en su artículo 43:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Desde la definición que trae este artículo, se aprecia la gran barrera que representa la "materia transigible". Para determinar su ámbito es menester remitirse brevemente al Código Civil en cuyo artículo 2349 señala que "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los

¹² La resolución del Consejo Nacional de la Judicatura 1 publicada en el Registro Oficial 139 del 1 agosto 2007 contiene el instructivo para la derivación de causas a centros de mediación, aunque está prevista únicamente en materia de niñez y adolescencia.

objetos comprendidos en la transacción” y el artículo 2348 que trata sobre la transacción, defiéndela como un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

Se puede colegir, por lo tanto, que materia transigible consiste en todo derecho que es susceptible de disponerse por parte del titular del mismo.

Por último, cronológicamente, se tiene a la Constitución de la República del Ecuador expedida en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008 y en cuyo artículo 190 reconoce a los métodos alternativos de solución de conflictos, estableciendo como única limitación las materias en cuya naturaleza se puede transigir.

1.1.3. Principios de la Mediación

Son varios los principios que se le atribuyen el proceso de mediación y que distintos autores han tratado diferentes en formas, sin embargo se pueden ponderar los principios característicos de la mediación en el Ecuador, fundamento sin los cuales este proceso no tendría cabida alguna.

1.1.3.1. Confidencialidad

La confidencialidad es un atributo característico de la mediación, pues se contrapone al principio de publicidad del proceso judicial, esto brinda una enorme apertura para la exposición de posturas, la catarsis emociones (como sostiene la escuela de Harvard), ofreciendo de esta forma un campo adecuado para el trabajo interpersonal y el tratamiento del conflicto abstrayéndose de las presiones que se presentan en el campo del litigio.

Marinés Suares define sencillamente la confidencialidad como "una de las características más importantes de la mediación. Implica que todo lo que diga el proceso debe mantenerse secreto

para todos los terceros ajenos a la mediación"¹³. La confidencialidad promueve la honestidad, una exploración abierta de los asuntos en cuestión y una mayor aceptación del interventor.¹⁴

También precisa ventajas y desventajas de mantener la confidencialidad, la mayor ventaja reside en que el mediador no podría actuar como testigo en un proceso judicial, la principal debilidad es la dificultad para compartir experiencias realizar investigaciones.¹⁵

El artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación recoge este principio, señalando además que las partes consentimiento podrán renunciar de la confidencialidad.

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

1.1.3.2. Voluntariedad y Autonomía de la Voluntad

La voluntariedad es el principio que reconoce el derecho de las partes a participar libremente de un acuerdo alcanzado en el proceso de mediación, cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse de la mediación en cualquier momento.¹⁶

El doctor Giovani Criollo Mayorga en su artículo "cuestiones de mediación" explica este principio desde la autonomía de la voluntad y cita el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. T-338/93, M.P del 24 de agosto de 1993 que afirma:

¹³ Suares Marinés. *Mediando en Sistemas Familiares*. Ob.cit. Pág. 36.

¹⁴ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul (comp). *La Mediación y sus contextos de aplicación*. Barcelona, España Editorial Paidós Ibérica, S.A, 1996. Pág 283.

¹⁵ Suares Marinés. *Mediando en Sistemas Familiares*. Ob.cit. Pág. 36.

¹⁶ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros. Ob. Cit. Pág. 131.

...el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad.”¹⁷

De lo anterior es posible determinar que son las personas en uso de su autonomía de la voluntad quienes deciden, por sí mismas y sin presiones, asistir proceso de mediación, participar del mismo y aprobar el acta contiene el acuerdo. Ha sido el legislador quien ha decidido otorgarle plena validez jurídica a este acto relevando y sustituyendo en cierta medida la decisión del juez y equiparándola plenamente al consenso mutuo de las partes.

1.1.3.3. Imparcialidad y Neutralidad

Estos principios, íntimamente relacionados, pretenden garantizar que sea cual sea el resultado de la mediación, ésta provenga únicamente de la decisión de las partes. Exhorta al mediador a mantenerse en una postura ecuánime y equitativa, sin inclinar la balanza hacia ninguno de los disputantes. La imparcialidad implica emitir opiniones no prejuiciosas y no tener preferencia por ninguno de los negociadores.¹⁸

Marinés Suares sostiene que la imparcialidad es una necesidad de los participantes ya que es entendida como el compromiso por parte de los mediadores de no realizar coaliciones, es decir, uniones con uno de los participantes en contra del otro, en otras palabras, los

¹⁷ Criollo Mayorga Giovani, *Cuestiones de Mediación*. Internet.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6120&Itemid=134 Acceso (abril 2012)

¹⁸ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros. Ob. Cit. Pág. 138.

mediadores deben mantener el caso sin favorecer ni sostener a una parte, para seguridad del proceso.¹⁹

La neutralidad es, en tanto, una conducta a seguir en la relación entre el interventor y los disputantes, y también se expresa en que el mediador no espera beneficios de pagos especiales de ninguna de las partes o de ambos negociadores ya que su función es realizar labores desde la conducción del proceso de mediación.²⁰

La neutralidad es ampliamente discutida, sobre todo por los nuevos modelos de mediación. Parte de la idea de que el mediador no tiene facultad decisoria como en el caso del juez, sin embargo no podría permanecer indiferente mientras una parte podría presionar a la otra.

Se habla entonces de una neutralidad positiva en la que el mediador asiste a cada parte asumir sus propias decisiones. Gary Friedman consideraba que el fin del mediador es comprender a las partes, poniéndose “en los zapatos” de los disputantes y generando así empatía activa contraria a la distancia emocional.²¹

Marinés Suares va más allá forjando el concepto de DeNeutralidad²², fusionando la neutralidad y la involucración en una doble lógica. El mediador en su afán de ayudar a las partes deberá involucrarse para lograr deconstruir el conflicto, es decir, seccionar el conflicto hasta llevar a las partes al punto en el que no pudieran solucionarlo por sí mismos y desde ahí procurar que las partes retomen la forma protagónica lo que habían perdido y finalmente logren construir el acuerdo.

1.2. Procedimiento de Tránsito: posibilidad de intervención de la mediación

¹⁹ Suares Marinés, *Mediando en Sistemas Familiares*. Ob.Cit. Pág 35.

²⁰ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros. Ob. Cit. Pág. 138.

²¹ Mnookin R, Kolb D, Rubin J y otros. Ob. Cit. Pág. 145.

²² Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Ob.cit. Págs. 59 – 62.

No se podría tratar la mediación en materia penal sin hacer referencia a los dos principios que avalan las alternativas al ejercicio de la acción penal, el principio de mínima intervención y el principio de oportunidad.

Ambos preceptos se encuentran consagrados en el artículo 195 de la Constitución de la República que afirma que la acción penal pública se ejerce “con sujeción al principio de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas”.

El principio de mínima intervención se desarrolla además en el cuarto artículo innumerado después del artículo 5 del Código de Procedimiento Penal que mantiene “en la investigación penal, el Estado se sujetará al principio de mínima intervención. En ejercicio de la acción penal se prestará especial atención a los derechos de los procesados y ofendidos”.

Este principio responde a la premisa de hacer uso del derecho penal como último recurso, como un caso extremo, como la *última ratio*. Proviene del reconocimiento de que en la realidad el Estado no debería intervenir en todo conflicto que se presente ejerciendo su poder punitivo proveniente de su soberanía estatal, ya que en varios de estos conflictos, desacuerdos o desavenencias no es requerida, buscada ni necesitada por las personas enfrentadas al conflicto, por lo que se promover una solución directa entre los afectados que resulta mucho mejor o más efectiva que la iniciación de un tedioso proceso penal.²³

Elías Neuman empieza por sostener que el minimalismo penal tiene en la mira la prevención del delito que, en principio, es un resorte del poder ejecutivo que implica, como toda prevención, formulaciones serias para alcanzar los hechos antes que ocurran. Citando a Luck Hulsman añade que existen otras formas coercitivas para ejercer control social, algunos conocidos como la reparación civil, justicia consensual, arbitrajes, perdón y otros que deberían desenvolverse.

²³ Vaca Andrade Ricardo, *Alternativas al ejercicio de la acción penal*. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2012. Pág. 12-13.

Finalmente termina por decir que habría que hacer desaparecer el sistema penal en sí y su influencia teológico escolástica “que distingue de modo maniqueo los buenos, que forman parte del sistema como gentes, malos que son los desviados”.²⁴

El minimalismo no abarca solo la fase judicial sino una política criminal de perfiles amplios y que delinea la menor cantidad posible de intromisión estatal con la mayor cantidad alcanzable de garantías. El minimalismo reduce las respuestas a los casos más graves y extremos.²⁵

El otro principio que avala el desarrollo de la mediación en materia penal es el de oportunidad. Se encuentra desarrollado en el artículo innumerado tercero después del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal mismo que empieza por decir: "El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes..."

Este principio es característico del sistema acusatorio que se utiliza en la actualidad, puede implicar una decisión definitiva de no ejercer la acción penal; o también el condicionamiento para no ejercerla, pero igualmente persiste la posibilidad de aplicarlo una vez ejercida la acción²⁶ permite prescindir de la apertura de juicios y de la acusación penal a ultranza, ya que existe la facultad de no acusar y no llevar a cabo la investigación siempre que se verifiquen ciertas y determinadas circunstancias de derecho o de hecho.²⁷

El principio de oportunidad responde perfectamente a la realidad, es cierto que existen conductas más graves que otras, no se puede negar que el daño producido por un asesinato no es igual al daño producido por el hurto de un celular, ni los daños materiales producidos por un choque afectan de la misma manera que un atropellamiento con resultado de fallecidos, esto tomando en cuenta a la afectación de las víctimas y al Estado quien tiene que destinar recursos, tanto económicos como humanos.

²⁴ Neuman Elías. *Mediación y Conciliación Penal* Buenos Aires, Ediciones Depalma Argentina, 1997. Págs 40 y 42.

²⁵ Dávalos José Ignacio. *La Mediación Penal Como Método Alternativo de Resolución de Conflictos: Resultados Actuales en la República Argentina*. Internet, http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.pdf. (Acceso: marzo del 2013)

²⁶ Yépez Andrade Mariana. *El Principio de Oportunidad y las Reformas al Código de Procedimiento Penal*. Internet, http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4771:el-principio-de-oportunidad-y-las-reformas-al-codigo-de-procedimiento-penal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420. (Acceso marzo 2013)

²⁷ Dávalos José. Op.cit. (Acceso: marzo del 2013)

El doctor Ricardo Vaca citando a Maier señala “mal que nos pese, existen criterios selectivos no institucionalizados que eliminan un sinnúmero de hechos punibles de la persecución penal, criterios que la ciencia empírica ha verificado”²⁸

La aplicación de este principio se relaciona con la mediación ya que este proceso supone una respuesta pronta y rápida en el proceso penal, se ajusta precisamente a lo que busca el principio de oportunidad. Sobre este punto la doctora Mariana Yépez afirma:

*Cualquiera que sea la intención de introducir el principio en la legislación de un país, existe un criterio mayoritario en el sentido de que su significado se acerca más a la disponibilidad de la acción penal, antes que a las medidas alternativas al sistema penal como la compensación a la víctima por el equivalente del daño causado, la reparación, el desagravio, entre otros, y aún el arbitraje, la conciliación, la mediación, la negociación. Sin embargo todos estos medios permiten la aplicación del principio de oportunidad, siendo admitidos de acuerdo a los criterios de utilidad o necesidad: agilizar los procesos penales; y, descongestionar la justicia penal.*²⁹

1.2.1. Descripción del conflicto derivado de un delito de tránsito: identificación de problemas en cada etapa.

El primer problema al que se enfrenta un conflicto de tránsito se remonta mucho antes de que se produzca el accidente en sí, desde la misma formación de los conductores realizadas en centros de capacitación al mando de instructores poco calificados, que exponen a los estudiantes de estos cursos a aprender en el caos motorizado a nivel nacional³⁰, esto es una de las causas de que la impericia sea un factor desencadenante de los accidentes de tránsito.

En el ámbito judicial, las acciones de tránsito en el tienen su origen en el cometimiento de un acto presuntamente delictivo, que llega a conocimiento del fiscal por medio de la denuncia, parte policial o mediante “cualquier otro medio”, desde este momento el proceso se enfrenta a

²⁸ Vaca Ricardo. Ob.cit. Pág 58.

²⁹ Yépez Mariana. Op.cit. (Acceso: marzo del 2013)

³⁰ Yávar Nuñez Fernando y otros. *Manual Práctico Teórico sobre: Delitos de Tránsito*, Ecuador, Editorial Feryadú, 2011. pág. 58.

problemas a irrespeto en los plazos establecidos en la indagación previa³¹, bien sea por la excesiva cantidad de casos³² o inclusive prácticas dilatorias implementadas³³ por ciertos abogados que procuran una tardanza en el normal desarrollo del procedimiento, afectando los plazos. Estos problemas persisten tanto en la indagación previa como en el resto del proceso.

En la etapa de juzgamiento representa un problema constante de igual manera la dilatación del proceso, la falta de comparecencia de peritos y de las partes involucradas ocasiona este inconveniente que se ve reflejado en la cantidad de audiencias fallidas, convirtiéndose en un grave y creciente problema propio del todo el sistema penal.

Alrededor de 25.381 audiencias no se concretaron en el primer trimestre del año 2013 en contraste con las 10.551 del año 2012.³⁴

Resulta interesante la opinión del Doctor Milton Román quien al responder mediante entrevista a la pregunta *¿Qué problemas identifica en las etapas del proceso de tránsito: indagación previa, instrucción fiscal y etapa de juzgamiento?* Señala:

*El problema central de materia de tránsito es que en la sociedad existe una cultura atávica de no asumir responsabilidades ante la comisión de accidentes de tránsito que pueden ser sancionados como delitos y contravenciones según el caso, esto hace que a la administración de justicia llegue un elevado número de causas que más de colapsar el sistema no han podido ser resueltas por mérito directo de las partes involucradas especialmente en el manejo de los daños materiales en vehículos.*³⁵

Se puede identificar por lo tanto un problema mucho más profundo que la falta de celeridad, el alto índice de causas sin éxito o la excesiva carga de procesos por juzgador. Existe una

³¹ El irrespeto a los plazos es un criterio compartido entre el doctor Edmundo Naranjo Juez Temporal del Tránsito de la Provincia de Pichincha y abogado en libre ejercicio y la Doctora Lucy Nuñez Jueza Segunda de Tránsito, información obtenida mediante entrevistas realizadas el 7 de junio del 2013 y 15 de junio del 2013 respectivamente.

³² Conforme la opinión del doctor Álvaro Román Martínez, abogado en libre ejercicio y profesor universitario información obtenida mediante entrevista el 16 de junio del 2013.

³³ Conforme la opinión mantenida por la doctora Lucy Nuñez en entrevista de fecha 15 de junio del 2013.

³⁴ Diario El Universo. *Aumentan las audiencias judiciales fallidas en el país*. Internet. <http://www.eluniverso.com/2013/04/11/1/1355/aumentan-audiencias-fallidas-pais.htm> (Acceso: Marzo 2013)

³⁵ Conforme a la entrevista al doctor Milton Román Martínez de fecha 14 de junio del 2013.

problemática subyacente, ignorada por el derecho penal, o más bien excluida del mismo. La cultura de conflicto, la cultura de no asumir responsabilidades está presente de manera general entre el pueblo ecuatoriano como una noción arraigada que termina por afectar a todos los miembros de la sociedad, provocando de manera subrepticia todos los problemas que aquejan al proceso penal de tránsito relacionados con los problemas mencionados.

1.2.2. Posibilidad de Mediación en delitos de tránsito: Artículo 170 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial

El artículo 170 abre una posibilidad perfecta para la incursión de la mediación como la forma más idónea de resolución de disputas en materia de controversias de tránsito. Este artículo determina *“El desistimiento de la parte afectada, el abandono de la acusación particular, o el arreglo judicial o extrajudicial entre los implicados de un accidente de tránsito, no extingue la acción penal, salvo en los delitos en que solo hubiesen daños materiales y/o lesiones que produzcan incapacidad física menor a 90 días que son susceptibles de transacción”*. Como se puede notar esta norma nos brinda una herramienta poderosa para incentivar la búsqueda de un acuerdo entre las partes.

De esta forma la víctima se presenta con la posibilidad de llegar a un acuerdo beneficioso a cambio del desistimiento, a modo de “mejor alternativa de acuerdo negociado” o MAAN, conforme la terminología de la Escuela de Harvard.³⁶

El victimario buscará, por su parte, la extinción de la acción penal en su contra es decir que los mecanismos establecidos por la ley, para someter al responsable de la infracción a las consecuencias jurídicas correspondientes, ya no pueden ejercerse por los organismos pertinentes, por lo tanto, el infractor ya no puede ser sancionado.³⁷

Si bien este artículo de la LOTTSV, presenta un escenario bastante restringido, no excluye implementación del proceso de mediación en otros delitos de tránsito, ya que se debe tener en

³⁶ Fisher Roger, Ury William y Patton. *Sí... ¡De acuerdo!*, Colombia, Editorial Norma, 2da reimpresión, 1993. Pág 116.

³⁷ Albán Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito-Ecuador, Ediciones Legales, Edición Digital de Fielweb, 2013. Pág 211

cuenta el rol que juega este proceso como una manera de reparar el daño producido no solo de manera pecuniaria sino en la honra de la víctima promoviendo su reparación integral como más adelante se analizará.

1.2.3. *¿Son materia transigible los delitos de tránsito?*

La Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (LOTTSV), determina en el artículo 108 que toda infracción de tránsito conlleva indefectiblemente una obligación civil del pago de costas así como daños y perjuicios. Criterio plenamente concordante con el artículo 67 del Código Penal.

La transacción por lo tanto versa sobre la reparación civil del delito. Al respecto el Código Civil señala a la transacción como un contrato en el que las partes terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, siendo elementos de validez de este contrato la capacidad y el consentimiento, por lo que no puede transigir sino aquella persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.³⁸ Además el artículo 11 de Código Civil determina que

“podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”

El doctor Milton Román Márquez en su artículo “Perspectivas de los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia penal” sostiene, que si bien el Código Civil excluye el derecho de transigir sobre la acción penal, doctrinariamente se concibe a la transacción como una un convenio en el que las partes se hacen concesiones mutuas con el fin de solucionar el conflicto.

Señala también algunas de las características de la transacción en materia penal en el Ecuador:

³⁸ Román Milton, “Mediación penal, perspectivas de los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia penal”. *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 2, (agosto 2008), Ecuador, 2008: pág. 39.

... desde hace mucho tiempo atrás, la transacción en el país es considerada como una práctica profesional legítima, para los profesionales del derecho y sus clientes, con fines especialmente de resarcimiento económico, actas transaccionales es que incluyen la renuncia mutua de las partes en conflicto a presentar o impulsar acción penal o civil alguna, ya que su afán señala, es poner en el mismo, renuncia de derechos que en materia penal significa al no proponer acusación particular o querrela, tanto en acción penal pública o acción penal privada, al amparo de lo señalado en los artículos 63 y 375 del Código de Procedimiento Penal, en su orden.³⁹

Por lo tanto como manifiesta el autor es posible la transacción en materia de delitos de tránsito, en cuanto a los daños civiles causados, es una práctica que se ha llevado en el país sin que desarmonice ni se contraponga con la norma penal. La institucionalización de la transacción en materia penal hace posible el acercamiento de las partes con fines de resolución del conflicto.

Si bien los delitos de tránsito son de acción pública impulsados por el fiscal, son varios los casos en los que el legislador encomienda al ofendido o víctima la continuidad del proceso en respuesta del principio de oportunidad, como es el caso de la conversión de delitos a acción privada en el caso que tenga procedencia, mismo que podría eventualmente terminar en el desistimiento y por lo tanto el fin del proceso.

En el caso particular de los delitos de tránsito este principio se vería reflejado en el citado artículo 170 de la LOTTTSV permitiendo la extinción de la acción penal como fruto del acuerdo ya que no existe un interés público comprometido de manera grave. Por lo que se podría concluir que en este caso particular es posible una transacción en el marco de lo establecido por la Ley.

1.2.4. Carácter de pecuniario del daño material

³⁹ Ibídem. Pág. 39.

El doctor Ernesto Albán señala que una conducta delictiva, además de las consecuencias penales que acarrea, tiene también efectos civiles y el delito causa perjuicios a las personas, naturales o jurídicas, y éstas pueden pretender la reparación de tales perjuicios.⁴⁰

Una vez culminado procedimiento penal de tránsito, es derecho del ofendido perseguir una indemnización civil conforme lo reconoce el artículo 2214 del Código Civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito y ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que impongan las leyes por el delito o cuasidelito” y el numeral siete del artículo 69 Código de Procedimiento Penal que señala a la indemnización civil como un derecho del ofendido. La competencia del juez está sujeta a la existencia de acusación particular en el caso de que no hubiera sido posible determinarse los perjuicios en la misma sentencia o si la determinación hubiese sido parcial. De todas formas, conforme el artículo 31 del Código de Procedimiento Penal señala que se fija un monto por la indemnización producto de un delito ya sea el presidente del tribunal de garantías penales o el juez de lo civil quien lo determine.

La indemnización civil por su naturaleza es perfectamente transigible, la LOTTSV en su artículo 122 advierte la posibilidad de la reparación de los daños causados a las víctimas de un delito así como el artículo 133 se habla de la reparación de los daños y perjuicios constatando la existencia de este resarcimiento de carácter civil.

El doctor Ricardo Vaca nuevamente se refiere al arreglo pecuniario refiriéndose a delitos culposos:

-Debería concluir- en un arreglo pecuniario que cubra los daños y perjuicios causados, bien entendido que a todos los afectados no interesa el aspecto punible que no se puede ignorar que, en ocasiones, sea necesaria una intervención inicial mínima por parte de policías fiscales para forzar un arreglo extrajudicial...⁴¹

⁴⁰ Albán Ernesto. Ob.cit. Pág.216

⁴¹ Vaca Ricardo. Ob.Cit. Pág.13.

Como se puede observar esta obligación de reparación civil estará presente a lo largo del proceso penal por lo que es posible transigir en cuanto a la forma de pago y el modo en el que se solventará esta obligación.

1.3. Etapas del procedimiento de tránsito en las que la mediación podría intervenir: ventajas y desventajas

Una vez determinado que la mediación puede proceder en los casos de tránsito, son varios los momentos en los que puede intervenir, a continuación se analiza la procedencia de este método alternativo de solución de controversias en el tratamiento del conflicto a través del tiempo, es decir antes, durante y después del proceso judicial, dividiéndolo en etapas: pre procesal, comprendida como todo lo realizado antes del inicio formal del procedimiento en audiencia de formulación de cargos, es decir la indagación previa.

Procesal, que implica la sustanciación del procedimiento en sí, desde la instrucción fiscal hasta sentencia y post procesal, correspondiente a la ejecución de la misma en adelante.

1.3.1. Intervención de la mediación en la etapa preprocesal

Se debe considerar que la ley adjetiva penal en el Ecuador señala a la indagación previa como una etapa preprocesal en la que se investiga los hechos presuntamente punibles y constitutivos de delitos, se constituye en una unidad de tiempo preestablecida en la ley, de la que goza el Ministerio Público para activar sus facultades e iniciar diligencias de investigación consecuencia de la presentación de una denuncia o por conocimiento de oficio o de la noticia de la comisión de un hecho delictivo.⁴²

⁴² Gallegos Bolivar. *La Responsabilidad en el delito de tránsito*, Quito, Imprenta Impublic, 2010. Pág 136.

En la legislación de especializada tránsito, el tiempo de duración de esta etapa es de 30 días en el caso de los delitos sancionados con pena de prisión y máximo 45 por delitos sancionados con penas de reclusión.

Para establecer si en esta etapa es posible la instauración de una audiencia de mediación, se debe considerar el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación, misma que le otorga la característica de extrajudicial, es decir se concibe como un procedimiento que opera fuera de la instancia judicial por lo que es capaz de intervenir en cualquier etapa, respaldado por su principio rector de voluntariedad.

La mediación puede aparecer con el fin de prevenir un procedimiento judicial emergente, en el que los implicados podrían acercarse a un centro de mediación autorizado y realizar la audiencia de mediación bajo las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Para que la audiencia sea eficaz, al menos en el aspecto procedimental, deberán tratarse principalmente dos cosas: por parte del victimario la reparación civil por los daños causados, gastos médicos, hospitalarios y cualquier forma de compensación y por parte de la víctima, la posibilidad de la renuncia de la acusación particular conforme el artículo 63 del Código de Procedimiento Penal o impulso de cualquier actuación en materia penal o civil.

Los efectos de una mediación exitosa en esta etapa preprocesal, serán acuerdos recogidos en un acta de acuerdo total o parcial, su eficacia se puede notar en el ámbito penal y en la reparación civil derivada.

En cuanto al ámbito penal, si bien los acuerdos extrajudiciales no extinguen la acción penal, en primera instancia, un acuerdo entre las partes facilitaría indudablemente el cumplimiento del presupuesto establecido en el artículo innumerado tercero después del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal es decir la abstención de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad.

Si bien es el agente fiscal quien tiene la libertad de disponer de este recurso, no resulta remoto pensar que al ver a las partes satisfechas en sus pretensiones, el fiscal fácilmente podrá deducir

que no existe afectación al interés público, entendido este como la búsqueda de la paz social, la seguridad colectiva, la tranquilidad pública⁴³.

Evidentemente para hacer uso de este recurso el fiscal deberá constatar las condiciones establecidas en este artículo como que el delito tenga una pena máxima de cinco años de prisión:

1. El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposos los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

De igual manera se podría plantear al fiscal el archivo provisional de la causa. Si bien el artículo innumerado primero después del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal permite el archivo provisional cuando existe la imposibilidad de obtener resultados suficientes para deducir una imputación, la LOTTSV es más flexible en cuanto su artículo 172 permite la utilización de esta figura simplemente cuando “no existan antecedentes necesarios para iniciar una investigación”. Cabe señalar que el archivo provisional procede únicamente en la fase de indagación previa, por lo que, añadido a la renuncia del victimario lograda en el acuerdo, podría presentarse ante el fiscal como una oportunidad de aplicación de los principios de mínima intervención, celeridad y economía procesal, indicándose que no es necesaria la intervención y utilización de recursos estatales para resolver un conflicto que ya fue sobrevenido por los principales actores.

Al tratarse únicamente de daños materiales o lesiones bajo el supuesto del artículo 170 de la LOTTSV, la Ley es clara en señalar la extinción de la acción penal como efecto de un

⁴³ Vaca Ricardo. Ob.Cit. Pág. 65

eventual arreglo extrajudicial, es así que de lograrse una audiencia de mediación exitosa que derive en un acuerdo, conforme se ha analizado, el fiscal no podría continuar impulsando el proceso al encontrarse el mismo encasillando en el presupuesto contemplado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal que señala:

El fiscal solicitará al juez de garantías penales, mediante requerimiento debidamente fundamentado, el archivo de la denuncia, cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito o cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso...

Por lo tanto debería proceder con la desestimación de la denuncia ya que la extinción de la acción penal supone un obstáculo legal insubsanable, dando por terminado el conflicto de una manera ágil, rápida y eficaz.

1.3.2. Intervención de la mediación en la etapa procesal y posibilidad de Derivación de causas

Tanto el Código de Procedimiento Penal como la LOTTSV, determinan como el inicio de la etapa procesal a la instrucción fiscal marcada por la audiencia de formulación de cargos, el proceso penal regularmente durará hasta que se produzca una sentencia absolutoria o condenatoria del procesado.

Durante este periodo es posible la intervención de la mediación extrajudicial como bien señala el doctor. M.Sc. Giovani Criollo Mayorga su artículo "Cuestiones de mediación" en el que distingue la mediación intra procesal de la mediación extra procesal señalando como factor determinante la voluntariedad de las partes.

La mediación extra procesal o derivación de causas se desprendería del literal c) del artículo 46 de la ley de arbitraje y mediación en el que se precisa la necesidad de la aceptación de las partes para su procedencia. Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de

mediación, siempre que las partes lo acepten.”. Esto es lo que denominamos “derivación procesal” o “derivación a mediación”.⁴⁴

Por otro lado el numeral 11 del Art. 130 del Código Orgánico de la Función Judicial exhorta a los operadores de justicia a procurar la conciliación entre las partes, e inclusive deja abierta la posibilidad de la remisión de la causas a una oficina de mediación intraprocesal.

Este artículo del Código incorpora como una atribución del juez la posibilidad de recurrir a la mediación intra procesal, en este caso la aceptación de las partes no sería necesaria y sería el juez quien además señalará el centro de mediación al cual acudir.

En todo caso es posible constatar posibilidad de ocurrir a la mediación durante el proceso ya sea porque las partes así lo han convenido o porque el juez, en ejercicio de sus atribuciones, lo ha dispuesto.

Se debe destacar que el Código de Procedimiento Penal vigente ya contempla, mediante la junta de conciliación, una posibilidad de llegar a un acuerdo que ponga fin al litigio, sin embargo esta opción está restringida a los delitos de acción privada y hace uso además de la figura del amigable componedor más no de un mediador.

Si bien se utiliza el término de conciliación, se debe tener en cuenta el artículo 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación equipara conciliación extrajudicial con la mediación.

En el caso de los delitos de acción pública y en especial los delitos de tránsito, de llegar a un acuerdo satisfactorio, se podría solicitar de igual manera la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal, ya que como se señaló, es posible realizar este procedimiento de igual manera durante el proceso penal.

La mediación en este momento procesal versará además sobre la renuncia de la acusación particular, en el caso de haberla. El efecto de dicha renuncia es un aliciente ya que al no existir acusación particular no existe la obligación del juez de remitir el proceso a consulta del fiscal superior conforme al artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, salvando las otras causas señaladas en este artículo donde si es obligatoria la remisión como en el caso de si el delito objeto de la investigación está sancionado con pena de reclusión mayor extraordinaria o

⁴⁴ Criollo Giovanni. Ob.cit. (Acceso: abril 2012)

especial. De esta forma persiste únicamente la atribución facultativa del juez para elevar a consulta ante el fiscal distrital conforme el artículo 168 de la LOTTSV, pero ya no como un mandato obligatorio.

1.3.3. *Intervención de la mediación en la etapa post procesal*

Como quedó señalado, terminado el proceso penal persiste la obligación civil de reparación material, por lo tanto es posible que se lleve a cabo proceso de mediación con el fin de establecer la forma de pago de dicha obligación económica al ser materia transigible, sin detrimento del rol que cumple la mediación en el restablecimiento de los derechos vulnerados de la víctima y a la vez la toma de conciencia y victimario, en cuanto asumir sus responsabilidades ante el daño causado.⁴⁵

Es importante destacar que el artículo 122 de la LOTTSV establece la posibilidad de la reparación después de la sentencia:

En materia de tránsito el haber reparado los daños causados a las víctimas del delito luego de la sentencia, constituye una causa especial de rebaja penitenciaria, que podrá variar entre la mitad y la cuarta parte de la pena. Esta rebaja no afectará el derecho de recibir otras rebajas establecidas en el ordenamiento jurídico.

La rebaja penitenciaria señalada en el inciso anterior no será concedida al infractor que se dio a la fuga, no auxilió a la víctima del accidente o, cometió la infracción en estado de embriaguez o de intoxicación por efectos de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

Queda en evidencia la posibilidad del arreglo aún ejecutada la sentencia, por lo tanto es posible la mediación incluso en este punto del conflicto. Si bien la mediación afronta inconvenientes como la

⁴⁵ Román Milton. Ob. cit. Pág. 42.

dificultad de la comparecencia del sentenciado a un centro de mediación (lo que ameritaría el desarrollo de la figura del mediador independiente) no dejan de ser dificultades de carácter logístico.

Ventajas

A más de las ventajas señaladas en el ámbito procesal penal derivadas éstas de los mecanismos nacidos del principio de mínima intervención y oportunidad, tales como el archivo provisional, la desestimación o la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal, se debe considerar la ventaja que presenta un procedimiento ágil, informal económico, cuya característica radica justamente en la informalidad de sus procedimientos, su lógica responde a la no ritualidad como premisa de su accionar puesto que ello da amplio margen de acción a las partes en controversia.⁴⁶

Una vez más el Doctor Milton Román Martínez en su artículo “Perspectivas de los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia penal” ilustra las ventajas que presenta un procedimiento en el que la víctima pasa a tener un rol activo:

Se pueden considerar como ventajas de la mediación penal al hecho que es la forma más directa y activa en que la víctima puede participar en el sistema de justicia, en contraste con el rol pasivo que habitualmente la coloca sistema judicial ordinario; que es una oportunidad para que el victimario reconozca el verdadero impacto humano de su ofensa; que es la oportunidad para que la víctima participe directamente en la negociación y fijación de indemnizaciones o modo restaurar sus derechos de una manera razonable y factible de cumplir; y, es una oportunidad que genera las partes un ahorro de energía, recursos económicos y tiempo empleados para solucionar su conflicto, ahorro en el que se incluye sin duda un menor desgaste psicológico, estrés y problemas emocionales a la víctima y victimario.

⁴⁷

La ventaja que supone el acercamiento entre la víctima y victimario dentro de la mediación, será tratado en el capítulo correspondiente.

⁴⁶ Criollo Mayorga Giovani. *Mediación Penal*. Internet.
http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6104:mediacion-penal&catid=26:arbitraje-y-mediacion&Itemid=420. (Acceso: abril 2012)

⁴⁷ Román Milton. Ob. cit. Pág.

Otra ventaja sumamente importante que proporciona proceso de mediación es la descongestión del saturado sistema judicial de tránsito, es evidente y no se puede negar el colapso de la justicia, especialmente por el congestionamiento en los Juzgados de Tránsito a nivel nacional para los delitos de tránsito.

Los juzgados de tránsito, mantienen un grave problema de congestión de causas sin resolución. De 63316 causas ingresadas en el año 2008, 32245 causas han llegado a sentencia⁴⁸, es decir un poco más de la mitad de las causas en trámite (50.9%) han llegado a la culminación del proceso, es por ello que se hace necesario reducir la carga burocrática y simplificar los procedimientos⁴⁹

El proceso de mediación responde a esta realidad de manera eficiente mostrando el beneficio de una solución en menor tiempo y con mejores expectativas a su favor, lo que permite prever que soportará un menor desgaste personal y económico⁵⁰

Sin lugar a duda la mediación responde a lo establecido en el artículo 161 de la Constitución de la República, mismo que define al sistema procesal como un medio para la realización de la justicia alcanzando sobre todo a los principios fundamentales de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal.

José Ignacio Dávalos en “La mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos: resultados actuales en la república argentina” señala varias ventajas de la mediación para la comunidad como la disminución del impacto de la delincuencia al aumentar la reparación de pérdidas., así como ventajas para el sistema judicial como:

- *La importante disminución del tiempo que generalmente requiere procesar las ofensas penales dentro del sistema adversarial tradicional.*

⁴⁸De acuerdo a las Estadísticas obtenidas de la página de la Función Judicial en: <http://www.funcionjudicial.gov.ec/www/pdf/planificacion/estadisticas/Resumen%20Nacional%202008.pdf> (Acceso mayo 2013)

⁴⁹ Duarte Estévez Jorge. *¿Es posible la mediación en tránsito?* Internet, http://derechoecuator.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6825:ies-posible-la-mediacion-en-transito&catid=256:noticias-de-interes, (Acceso marzo 2013)

⁵⁰ Nina Leonardo, Beneficios de la Mediación, *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 1, (abril 2008), Ecuador, 2008.pág. 14

- *El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de su sistema de justicia criminal o juvenil, como resultado del compromiso y participación de víctimas y voluntarios.*⁵¹

Desventajas

La primera desventaja que se advierte en el desarrollo de la mediación dentro del sistema penal ecuatoriano es que no se han desarrollado en el país suficientes programas de aplicación de la mediación penal; existe una sociedad una elevada cultura de litigio; y a la vez falta fortalecer social e individualmente valores diálogo, el respeto a los demás, el apego a las leyes ya la paz.⁵²

La segunda desventaja radica en los operadores de justicia, jueces, fiscales e incluso abogados, quienes mantienen una visión tradicional del derecho procesal penal que en términos generales propone la simple aplicación de penas previstas en leyes punitivas sin tomar en cuenta una nueva e importante finalidad derecho procesal penal: dar solución a los conflictos sociales indudablemente se producen cuando existen bienes e intereses jurídicos afectados pertenecen a los sujetos pasivos del delito, quienes no necesariamente ni en todos los casos tienen como preponderante ineludible su pretensión de llevar a la cárcel al responsable del delito.⁵³

Elías Neuman critica esta postura tildándola como “dogmas y temores”, sostiene que:

Los defensores a ultranza del principio de legalidad ven en el resarcimiento, y mucho más en la mediación penal, el arribo al planteo, o poco menos, de una suerte de justicia privada (...)

Los dogmáticos del derecho y el proceso penal no podrán entender fácilmente porque están imbuidos, con las certezas que da la ceguera con la doctrina y la excelencia de la ley. Es un convencimiento que no permite penetrar, y debería advertir de una buena vez que,

⁵¹ Dávalos José. Op. Cit. Págs. 14-16

⁵² Román Milton. Op. Cit. Pág. 42

⁵³ Vaca Ricardo. Op. Cit. Págs 2, 3

*precisamente, es la ley y sus designios, la que ha puesto fuera de la realidad circundante, alejada de los sentimientos y vínculos de los hombres.*⁵⁴

Como indica la doctora Patricia Bravo "*es congénito en el ser humano levantar barreras entre los procesos que considera que no tiene soporte legal, que no tiene utilidad práctica, que no entienden, o que sencillamente cambie esquemas de conducta totalmente arraigados*"⁵⁵

La tercera limitación radica en la insuficiencia de un marco legal apropiado para su implementación, a pesar de la existencia de un principio constitucional que ampara la mediación como un método alternativo de solución de conflictos, el mismo artículo 190 de la Constitución de la República señala que la aplicación de los métodos se realizará *con sujeción a la ley*.

La ley que regula el desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos es la Ley de Arbitraje y Mediación, a pesar de ser la misma es de carácter especial, conforme lo determina su artículo 60, en materia de tránsito la norma rectora es la Ley Orgánica de Transporte Terrestre y Seguridad Vial, de carácter jerárquicamente superior al ser orgánica conforme el artículo 425 de la Constitución de la República.

Finalmente la disposición general vigésima primera de la LOTTSV establece como normas supletorias al Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Civil y Código de Procedimiento Civil.

De esta manera se puede evidenciar que, en cuanto a la aplicación de la norma, al no contemplar a la Ley de Arbitraje y Mediación como norma supletoria de la LOTTSV dificulta la aplicación de la mediación, esto a pesar de la existencia del numeral del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial que faculta a los tribunales o juezas y jueces a disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal exceptuándose los casos en que se halla prohibida la transacción y los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario.

⁵⁴ Neuman Elias. Op. Cit Págs 91 y 92

⁵⁵ Bravo Patricia, "El nuevo rol del abogado en los métodos alternativos de solución de conflictos". *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 4, (agosto 2010), Ecuador, 2010. pág. 46

Sin embargo es evidente que el problema de la aplicación se puede solventar con una reforma legal en cuanto a la supletoriedad⁵⁶ de la LOTTSV que permita el empleo directo de Ley de Arbitraje y Mediación facilitando la instauración de la mediación en materia penal.

Un cuarto factor que se debe considerar es el carácter público de la acción penal en delitos de tránsito, al ser fiscal quien mantiene la promoción del ejercicio de la acción a nombre del Estado, las medidas instauradas tales como el archivo provisional y la desestimación, medidas que se desprenden de la aplicación de los principios de no intervención y oportunidad, estarán sujetas a la voluntad del fiscal, de ahí que el doctor Ricardo Vaca Andrade analiza la nueva gestión que tiene el fiscal para hacer uso de las alternativas al ejercicio de la acción penal para intervenir. Afirma que los fiscales “*estarán animados del mejor espíritu conciliador, no tan sólo para desembarazarse del mayor número de casos se deben manejar, sino sobre todo, alcanzar la tan anhelada y buscada paz social*”.⁵⁷

Nuevamente el doctor Ignacio Dávalos menciona varias limitaciones o desventajas para la mediación entre las que cita:

- *La mediación no es apta para todas las víctimas y todos los infractores.*
- *No está destinada a solucionar masivamente la reincidencia, aunque algunos estudios muestran resultados positivos.*
- *Requiere el adecuado entrenamiento de los mediadores, ya que deben tener clara conciencia de las consideraciones éticas y legales implicadas en la mediación de casos criminales, en virtud de los fuertes sentimientos referidos a la necesidad de castigar a los individuos que violan las leyes penales.*⁵⁸

Un caso particular se presenta, como ya se ha analizado, en los delitos de tránsito contemplados en el artículo 170 de la LOTTSV, es decir lesiones menores a 90 días o sólo

⁵⁶ La supletoriedad de la norma así como la reforma legal necesaria para la instauración de la mediación en materia penal sobrepasa los objetivos del presente trabajo, sin embargo puede ser objeto de estudio en otra investigación.

⁵⁷ Vaca Ricardo. Op. Cit. Pág. 27.

⁵⁸ Dávalos José. Op. Cit. Pág. 16.

daños materiales ya que el advenimiento de las partes un acuerdo positivo terminaría en la extinción de la acción penal, sin embargo como se pone en evidencia este es un caso aislado.

1.4. Comparación de las figuras jurídicas utilizadas para resolver conflictos de tránsito con el Acta de Mediación como producto del Acuerdo en la Audiencia de Mediación

1.4.1. *El Acuerdo Reparatorio versus el Acta de Mediación*

1.4.1.1. *Aplicación del acuerdo reparatorio en delitos de tránsito, breve reseña*

El acuerdo reparatorio o acuerdo de reparación se encuentra señalado en la disposición siguiente del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal:

Art. ... (1).- Acuerdos de Reparación.- (Agregado por el Art. 12 de la Ley s/n, R.O. 555-S, 24-III-2009).- Excepto en los delitos en los que no cabe conversión según el artículo anterior, el procesado y el ofendido, podrán convenir acuerdos de reparación, para lo cual presentarán conjuntamente ante el fiscal la petición escrita que contenga el acuerdo y, sin más trámite, se remitirá al juez de garantías penales quien lo aprobará en audiencia pública, oral y contradictoria, si verificare que el delito en cuestión es de aquellos a los que se refiere este inciso y que los suscriptores del acuerdo lo han hecho en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos. A esta audiencia deberán ser convocados el fiscal y el defensor, cuya comparecencia será obligatoria.

El acuerdo de reparación procederá hasta el plazo de cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento de la causa.

En la resolución en que se apruebe el acuerdo reparatorio se ordenará el archivo temporal de la causa. El archivo definitivo solo procederá cuando el juez de garantías penales conozca del cumplimiento íntegro del mismo.

La resolución que aprueba el acuerdo reparatorio tendrá fuerza ejecutoria; y, si no se cumpliera, el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo o que se continúe la acción penal.

Los jueces de garantías penales llevarán un registro de los acuerdos de reparación aprobados, y se ingresarán en el sistema informático para conocimiento de todos los operadores de justicia.

El primer factor a resaltar es la vinculación del acuerdo de reparación con la figura de la conversión, es decir que no procederá en delitos que comprometen de manera seria el interés social, en delitos contra la administración pública o que afecten los intereses del estado, en delitos de violencia sexual y violencia intrafamiliar, en delitos de odio, en delitos de lesa humanidad.

En materia de tránsito se debe adicionar los casos del artículo 170 de la LOTTSV, es decir si el resultado del hecho produzca la muerte de personas o lesiones de más de 90 días, conforme

En cuanto a su ámbito de aplicación procede desde la instrucción fiscal hasta cinco días después el tribunal de garantías penales a avoque conocimiento.

Las partes, mediante escrito conjunto, someterán a conocimiento del fiscal del acuerdo, y éste, a su vez, sin dar más trámite, remitirá conocimiento del juez penal; o del tribunal penal, quien en audiencia oral y pública deberá analizar el contenido del acuerdo reparatorio.⁵⁹

De aprobarse el acuerdo reparatorio, el juez ordenará archivo temporal de la causa y el archivo definitivo procederá cuando el juez conozca la ejecución total e integral del acuerdo, reservando el derecho del afectado de hacer cumplir el acuerdo o solicitar al juez penal que continúe la acción en caso de incumplimiento.

1.4.1.2. Ventajas del Acta de Mediación sobre el acuerdo reparatorio

⁵⁹ Vaca Ricardo. Op. Cit. Págs., 23-24

El acuerdo de reparación presenta una serie de características, así como diferencias y limitaciones contrastables con la propuesta de la mediación como continuación se señalan:

- La primera limitación que conlleva el desarrollo de un acuerdo de reparación es de carácter temporal, como se pone en evidencia éste mantiene un periodo en el que se puede desarrollar. Al ser una institución que no sale del ámbito judicial sólo puede proceder desde el inicio formal del proceso, es decir, de la instrucción fiscal como bien señala la disposición innumerada que sigue del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal en donde claramente se indica la necesidad del conocimiento del juez quien aprueba o no el acuerdo, se puede inferir por lo tanto que esta figura no se podría llevar a cabo en una etapa en la que no interviene el juzgador como la indagación previa.

Así lo señala el Doctor Bolívar Gallegos en su obra “La responsabilidad en el delito de tránsito” quien marca el inicio del ámbito de aplicación del acuerdo de reparación en la instrucción fiscal y hasta cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento.⁶⁰ Esto deja fuera los posibles acuerdos que se puedan llegar una vez cruzado este margen y no contempla una fórmula de solución de conflictos similar en etapas preprocesales, como indagación previa, o posteriores al proceso.

La mediación por su parte puede llevarse a cabo en cualquier momento, ya sea en la fase pre procesal de indagación previa, o durante cualquier etapa del juicio conforme lo determina los literales b) y c) el artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya sea a petición de parte o por derivación de causas.

- En los acuerdos de reparación los sujetos involucrados: procesado y ofendido, con pleno conocimiento de lo que están haciendo, libre y voluntariamente, deben convenir el contenido del acuerdo de reparación, documento que es elaborado por los abogados de las partes.⁶¹

La mediación al tener carácter extrajudicial y siendo la voluntariedad principio rector no necesitará la intervención obligatoria de los abogados ya que se cuenta con del mediador como una figura imparcial que procurará facilitar a las partes a que lleguen a un acuerdo.

⁶⁰ Gallegos Bolívar. Op. Cit. Pág. 277.

⁶¹ Op.Cit. Vaca pág, 23

Esta mediación no solo versará sobre la reparación civil, sino que procurará cumplir un rol reparador de la víctima del delito, como dice Elías Neuman *“para que emerja de su devaluó y postración, y se encuentre el resarcimiento de daños (en el sentido trascendente del vocablo) paz interior y, a la vez, el victimario no se ha despeñado a laberinto represivo de la sociedad”*.⁶²

El conflicto manejado en un ambiente privado previene la escalada del conflicto y terminará por restaurar el tejido social lesionado.

Sobre estos aspectos se profundizará en los capítulos siguientes.

- Si bien el acuerdo reparatorio y la audiencia de mediación presentan características distintas, no se puede excluir el hecho de que la mediación podría devenir eventualmente en un acuerdo reparatorio.

Se puede citar a manera de ejemplo lo expresado por el doctor Ricardo Vaca Andrade, en su obra *“Alternativas al ejercicio de la acción penal”*, en el que afirma *“igualmente, no se debe perder de vista que la gestión del amigable componedor podría ser determinante en el trámite de la acción penal privada, podría producir como resultado un acuerdo reparatorio”*.⁶³

Como se puede notar el autor no contempla como excluyentes el uso figura del amigable componedor como productor con el acuerdo reparatorio, de la misma forma se podría especular para el caso de la mediación.

De presentarse el acta de mediación como un acuerdo reparatorio, deberá ser sometido a la aprobación del juez conforme al Código de Procedimiento Penal, para el efecto el juez deberá analizar los aspectos primero, que se trate de un delito en el que citar la conversión de la acción penal y, por cierto, los acuerdos reparatorios; y, segundo, cerciorarse de los suscriptores del acuerdo han convenido libremente y con pleno conocimiento de sus derechos, lo cual es fundamental para que quede constancia oficial de que no ha habido engaños o malas interpretaciones que restan valor jurídico al acuerdo reparatorio y sus posibles consecuencias posteriores.⁶⁴

⁶² Op. Cit. Neuman pág 52

⁶³ Op.Cit. Vaca pág, 22

⁶⁴ Vaca Ricardo. Op. Cit. página 22.

Sin embargo la utilización de un acta de mediación como un acuerdo reparatorio podría suponer una posible desnaturalización de la misma. La Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 47 le otorga al acta de mediación fuerza de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada añadiendo “sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.”

Por lo tanto se puede apreciar que el modelo recogido en la Ley responde a una noción en la que la mediación devuelve complemente el conflicto a sus verdaderos actores, las partes quienes toman la decisión, aunque esto signifique el relevo total del control del juez. No obstante es menester tener en cuenta que la mediación en el Ecuador tampoco la mediación pasa a sustituir a la justicia ordinaria, esto se puede evidenciar en la ejecución del acta de mediación en caso de incumplimiento de una de las partes se hará utilizando indefectiblemente la instancia judicial.

La mediación en materia penal no podría tener el mismo tratamiento que en área civil ya que es tarea del juez de garantías penales verificar que los derechos de procesado y ofendido no sean vulnerados. Así lo señala el numeral 1 del artículo 27 del Código de Procedimiento Penal que determina como competencia del juez de lo penal “Garantizar los derechos del procesado y ofendido conforme a las facultades y deberes establecidos en este Código, la Constitución y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos;”

Este elemento parece ser correspondiente con lo establecido en el artículo 171 de la LOTTSV es decir la necesidad de aprobación de los acuerdos de reparación por el juez en sentencia.

En conclusión al presentarse el acta de mediación como acuerdo reparatorio necesitará la aprobación del juez. Una vez más se evidencia que una normativa especializada en mediación de tránsito resultaría de gran utilidad.

1.4.2. *El acta transaccional y el Acta de Mediación*

1.4.2.1. *Aplicación del acta transaccional en delitos de tránsito, breve reseña*

El acta transaccional se desarrolla en los artículos 2348, 2349, 2350, 2351 y 2362 del Código Civil, a breves rasgos es un contrato celebrado entre las partes, en las que terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Son sus elementos de validez la capacidad y consentimiento, la persona no podrá transigir si no entiende el alcance y contenido de la transacción.

La transacción surte efectos para los contratantes y el artículo 2351 señala claramente que versará sobre la acción civil.

En materia penal el doctor Milton Román Martínez señala “con excepción por ejemplo de la acción penal proveniente de un delito, tema que se podrá transigir únicamente la acción civil provocada en dicho delito”⁶⁵

El acta transaccional se utiliza en materia de tránsito para brindar ayuda económica sin que esto implique un reconocimiento de responsabilidad.

El doctor Bolívar Gallegos señala “por ello la transacción especificándose ayuda no es sinónimo de ser actor de la infracción; que puede confundirse como declaración de parte. Esto no ocurre en nuestra materia”⁶⁶

1.4.2.2. Ventajas del Acta de Mediación sobre el Acta transaccional

- Una gran ventaja del proceso de mediación es la presencia del mediador como un tercero imparcial y las partes a alcanzar un acuerdo. El mediador no estará afectado por los intereses personales que perseguirán las partes representados por sus abogados, quienes en muchas ocasiones se presentarán como negociadores.

Al respecto Paul V. Olczak, tratadista estadounidense, citando a Salazar, menciona una realidad que es plenamente aplicable a la nuestra, señala que desde la facultad de derecho “*se adoctrina los futuros abogados en un tipo de mentalidad de adversario, ganar-perder, para*

⁶⁵ Román Milton. Ob. cit. Pág. 42.

⁶⁶ Gallegos Bolívar. Op. Cit. Pág. 100.

*lograr un verdadero producto jurídico" y añade "Aquí cabría incluir la preocupación de los abogados de que sólo las personas que no pueden permitirse ser representados por un abogado recurrirán a la mediación; creen que es más probable que tales personas reciban un producto jurídico inferior, de segunda clase."*⁶⁷

*- El acta transaccional requerirá de la diligencia de reconocimiento de firmas, si es que se ha dado ante notario, mediante escritura pública, o mediante un convenio privado presentado ante el juez civil, y reconocidas las firmas.*⁶⁸

Evidentemente estos actos requerían de la inversión de tiempo y recursos económicos, una vez más el acta de mediación presenta una ventaja en este ya que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que "Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas." Siendo innecesario este acto de jurisdicción voluntaria que termina por entorpecer una vez más el sistema judicial o invirtiendo recursos económicos para este efecto.

- El acta transaccional es un título ejecutivo conforme el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil, como tal su ejecución se debe realizar mediante un juicio ejecutivo. Este aspecto es de suma importancia para considerar los acuerdos logrados antes de la sentencia en el caso de su incumplimiento deberán hacerse efectivos por la vía judicial para que finalmente sean exigibles en la vía de apremio.

Sobre este punto el acta de mediación presenta una gran ventaja ya que el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación le otorga el efecto de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada de última instancia en materia civil cuya ejecución se hace directamente por la vía de apremio.

Resulta evidente que los acuerdos logrados en una audiencia de mediación y recogidos en un acta de acuerdo serán exigibles con mucha más rapidez que en un juicio ejecutivo.

- Finalmente al ser la transacción, representada por el acta transaccional, una relación bipartita entre víctima y victimario, tendrá las mismas flaquezas de las analizadas para el acuerdo reparatorio y asimismo la mediación gozará de las ventajas señaladas con anterioridad, tal

⁶⁷ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 204.

⁶⁸ Vaca Ricardo. Op. Cit. Pág. 23

como contar un tercero imparcial que vele por la neutralidad del proceso y el evidente rol de reparación entre las partes, así como la restauración social lograda con este.

1.5. Breve propuesta normativa que incorpora la mediación en el procedimiento de tránsito

Para viabilizar y facilitar la utilización de la mediación, es necesaria la incorporación de reformas al procedimiento de tránsito previsto en la LOTTSV y a la Ley de arbitraje y mediación.

Si bien en el presente trabajo se ha analizado varias instancias en las que la mediación podría instaurarse, se realiza la siguiente propuesta de reforma normativa apostado por el camino considerado de mayor factibilidad y posibilidad de aplicación fáctica.

El primer avance se podría realizar insertando a la Ley de Arbitraje y Mediación como norma supletoria en la disposición general vigésima primera de la LOTTSV

*En todo lo que no se encuentre previsto en la presente Ley, se aplicarán como normas supletorias las disposiciones del Código Penal, Código de Procedimiento Penal, Código Civil, Código de Procedimiento Civil y **Ley de Arbitraje y Mediación***

La reforma del artículo 170 de la LOTTSV para los casos de lesiones y daños materiales, conforme se ha analizado, sería el campo adecuado para la instauración de la mediación por contar con la extinción de la acción penal, de la siguiente forma:

*Art. 170.- El desistimiento de la parte afectada, el abandono de la acusación particular, el arreglo judicial, extrajudicial o **mediante el acuerdo total obtenido en una audiencia de mediación** entre los implicados de un accidente de tránsito, no extingue la acción penal, salvo*

en los delitos en que solo hubiesen daños materiales y/o lesiones que produzcan incapacidad física de hasta 90 días.

En cuanto a la Ley de Arbitraje y Mediación, se debe señalar que es necesario una reforma profunda que abarque la el proceso de mediación en materia penal en la que se contemple las particularidades de la materia y finalmente su aplicación en materia de tránsito.

La normativa debe aclarar la posibilidad de la derivación de causas, solventando temas como la interrupción del tiempo de los plazos dependiendo la etapa en la que se encuentre y si el juez revisa y acepta el acuerdo o simplemente se encarga de receptarlo y archivar la causa de ser el caso.

Por ejemplo:

Art... Los jueces previa verificación de las circunstancias contempladas en los delitos señalados en el artículo 170 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, remitirán de oficio o a petición de parte a los centros de mediación determinados por el Consejo de la Judicatura

Art....Una vez receptado el proceso en el centro de mediación, se procederá a convocar a las partes a la audiencia de mediación hasta por dos ocasiones (en concordancia al actual artículo 52 de la Ley de arbitraje y mediación)

Art... El acta en el que conste el acuerdo total será remitida por el centro de mediación al juez de lo penal correspondiente quien procederá al archivo provisional de la causa.

En caso de que el acuerdo no se cumpliera el afectado podrá escoger entre las opciones de hacer cumplir el acuerdo contenido ya en sentencia ejecutoriada o continuar la acción penal.

De encontrarse la causa en fase de indagación previa, el acta de acuerdo total será remitida al fiscal correspondiente para que proceda a la desestimación de la denuncia.

La Ley de Arbitraje y Mediación presenta una evidente ausencia de normativa que prevea la mediación en materia penal, mereciendo una profunda reforma o a su vez la creación de una ley especializada para asuntos penales.

Se debe tomar en cuenta que el acuerdo aceptado no podría ejecutarse en la *vía de apremio* como se señala en el artículo 47 de la Ley y con clara connotación civil, sino que al ser derivado de un procedimiento penal es necesario considerar las particularidades del proceso penal.

Vale la pena hacer mención brevemente del proyecto de Código Penal Integral presentada por el Presidente de la República economista Rafael Correa Delgado, misma que se encuentra en proceso de conocimiento en la Asamblea Nacional, entabla de igual manera la posibilidad de llevar a cabo una mediación como procedimiento alternativo al litigio, en este proyecto de ley aparece la conciliación como una prerrogativa del juez en los casos de delitos de ejercicio privado de la acción en el que puede ordenar a las partes a que asistan a una audiencia de conciliación, apareciendo de esta manera la derivación obligatoria de causas.

Este proyecto desarrolla limitaciones y tiempo de procedencia, así como reglas generales y efectos de la mediación en materia penal. El título pertinente a la mediación consta en los anexos de la presente tesis.

CAPITULO II: JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU RELACION CON EL PROCESO DE MEDIACION

2.1. Justicia Restaurativa

2.1.1. Definición

En cuando a la definición de Justicia Restaurativa se la puede encontrar en el libro "entre el perdón y el paredón: preguntas dilemas de la justicia transicional " compilado y editado por Angélica Rettberg:

La justicia restaurativa [...] critica el carácter represivo y retributivo del derecho penal [...] se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento del crimen que, en lugar de fundarse en la idea tradicional de retribución o castigo, parte de la importancia que tiene para la sociedad la reconciliación entre la víctima y victimario [...] se propugna que el derecho penal deje de centrarse en el acto criminal y en su autor y gire la atención hacia la víctima y el daño ocasionado [...] las necesidades de las víctimas y restablecimiento de la paz social son las finalidades básicas que debería tener la respuesta del crimen, por lo que es importante reconocer el sufrimiento de la víctima, reparar el daño que fue ocasionado y restaurarla en su dignidad, más que castigar al responsable a quien debe intentar reincorporar a la comunidad a fin de restablecer los lazos sociales⁶⁹

El autor Juan José Hidalgo Huerta en “Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación penal y Crítica”, nos proporciona una definición de justicia restaurativa:

Esta justicia restaurativa, que permite a la comunidad y las personas directamente afectadas, víctima y acusado, confrontarse y encontrar la solución directa a sus problemas, lográndose,

⁶⁹ Rettberg Angélica. *Entre el perdón y el paredón: preguntas dilemas de la justicia transicional*, Bogotá Colombia, Ediciones Uniandes, 2005. Págs. 218-219.

*por una parte, el descongestionamiento del ya voluminoso trabajo de los órganos de la administración de justicia, y, por otra, permitir que los verdaderos actores de la misma encuentren una solución rápida a sus necesidades, siendo que la víctima resarce efectivamente el daño ocasionado, o al menos en parte, y el acusado, puede restituir a la sociedad, en corto tiempo, el menoscabo que le ha causado, siendo que, a más de estos beneficios mencionados, se permite sincerar el verdadero ejercicio de la acción penal.*⁷⁰

Elena Highton y Gladys Álvarez en *Mediación para Resolver Conflictos* mencionada la justicia restauradora señalando algunas de sus características:

*Muchas veces es imposible volver las cosas atrás, por lo menos sin dejar huellas y fisuras. La justicia restauradora se relaciona con la noción de restaurar entuertos, de desagraviar relaciones podría ser situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio por la acción contraria al bienestar. En tanto la justicia distributiva se refiere a lograr beneficios positivos, la restauradora se hace cargo de los aspectos negativos, buscando remedio para el daño y el sufrimiento.*⁷¹

José Luis Manzanares Samaniego también aporta con una definición:

La Justicia restaurativa, restauradora o reparativa pretende sustituir el Derecho penal, o al menos la punición, por una reparación en la que, de un lado, la víctima (y también la comunidad) desempeñaría el papel central en la respuesta al delito y en la pacificación social, mientras que de otro, se prescindiría en mayor o menor grado de la retribución como eje de una justicia con síntomas de agotamiento”, añade además “Algún autor escribe que esta

⁷⁰ Hidalgo Huerta Juan José. *Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal*. Internet en: http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_justicia_retributiva.pdf, (Acceso marzo 2013)

⁷¹ Highton Elena y Álvarez Gladys. *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Argentina, Editorial AD-HOC, segunda reimpresión, 1996. Pág. 36.

nueva justicia no contribuye sino a que cada parte asuma la responsabilidad por su conducta y a proteger la dignidad de las personas”⁷²

La justicia restaurativa consiste en una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra mucho más en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones que castigar a los delincuentes.⁷³

Por lo tanto se puede identificar a la justicia restaurativa como una forma novedosa de confrontarse al conflicto, contrapuesta la forma tradicional de justicia retributiva que únicamente se enfoca en el castigo del victimario,⁷⁴ en esta visión del derecho penal surge como un vehículo cuya búsqueda principal es reparar el daño ocasionado por el delito, permitiendo a los verdaderos actores encontrarse para la búsqueda de una solución que pueda resarcir a la víctima, reestableciéndose los lazos sociales.

2.1.2. Experiencia internacional, Derecho comparado

La mediación mantiene una considerable trayectoria en varios países, es posible destacar brevemente los siguientes:

Colombia: la mediación se encuentra consagrada en los artículos 523 a 527 de la ley 906 de 2004 que contiene el Código de Procedimiento Penal, precisamente el artículo 523 define la mediación:

Mediación es un mecanismo por medio del cual un tercero neutral, particular o servidor público designado por el fiscal General de la nación o su delegado, conforme con el manual que se expida para la materia, trata de permitir el intercambio de opiniones entre víctima e

⁷² Manzanares Samaniego José Luis. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007. Págs. 16-17.

⁷³ Mccold Paul y Wachtel Ted. *Búsqueda de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología del 10 al 15 agosto 2003, Río de Janeiro, Brasil. Internet. http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYx (Acceso marzo 2013)

⁷⁴ Juan José Huertas presenta un cuadro comparativo entre la Justicia Retributiva y la Justicia Restaurativa mismo que se encuentra en anexos.

imputado o acusado para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación penal en Colombia como se puede notar se encuentra ampliamente desarrollada en el campo normativo, también se nombra en el artículo 518 al “Programa de justicia restaurativa”

Artículo 518. Definiciones. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Si bien, como critica el autor Javier Villanueva en “El principio de oportunidad: justicia restaurativa, transicional y transaccional: mediación penal y conciliación civil en el sistema penal acusatorio” este artículo no aporta una definición real sino que se ha limitado a nombrar los mecanismos con los cuales se aplica:

En efecto resulta defectuosa dicha definición, toda vez que confunde la amplia visión de la justicia restaurativa (que ha de tener el Estado y sus agencias oficiales) con los mecanismos- metodológicos- de que ha de valerse la justicia penal, para concretarla⁷⁵

Sin embargo es posible determinar que la legislación colombiana ya realiza una incursión en el campo de la justicia de la restaurativa vinculándola con la mediación, incorporándola en la norma adjetiva penal incluyendo criterios de aplicación, como las establecidas en el artículo

⁷⁵ Villanueva Meza Javier Antonio. *El principio de oportunidad: justicia restaurativa, transicional y transaccional: mediación penal y conciliación civil en el sistema penal acusatorio*, Medellín Colombia, Librería Jurídica Sánchez, segunda edición, 2011. Pág. 490

519 (debe ser libre y voluntaria de la víctima e imputado por ejemplo), así como limitaciones (la mediación procede, en principio, para los delitos con penas menores a 5 años conforme el artículo 524)

Chile: La mediación se encuentra institucionalizada en los casos de familia establecida inicialmente en el 2004 en la Ley N° 19.968 que creó los Tribunales de Familia como una instancia de mediación voluntaria, sin embargo ante al poco éxito, esta figura sufre cambios para el año 2008 mediante la ley 20286, haciéndose obligatoria.

El artículo 103 trae una definición de mediación que aporta una idea de la concepción chilena sobre este método:

Mediación. Para los efectos de esta ley, se entiende por mediación aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos.

En el ámbito penal, la legislación penal chilena prevé los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento desde el artículo 241 y siguientes del Código de Procedimiento Penal

El acuerdo reparatorio es un término muy amplio y la ley permite que las partes definan el cómo reparar. Ellas deciden si es a través de una indemnización de carácter económica, mediante una petición de disculpas, mediante algún tipo de reparación emocional como trabajo en favor de la víctima o de una institución que ésta defina; esto indica que las formas de reparar son múltiples⁷⁶

⁷⁶ Página del Gobierno de Chile. *Tu problema tiene mediación*. Internet. <http://www.gob.cl/especiales/tu-problema-tiene-mediacion/>. (Acceso: Marzo 2013)

En Chile se crea a partir de 1981 las Corporaciones de Asistencia Judicial dependientes del Ministerio de Justicia, cuya misión es brindar asistencia jurídica a personas de escasos recursos, dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 19, n° 3 de la Constitución Política, *"la Constitución asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tendrá derecho a la defensa jurídica en la forma que señala la ley..."*⁷⁷

*Las Corporaciones de Asistencia Judicial son pioneras en mediación, establecido para el efecto "convenios de trabajo con las Fiscalías y Defensorías Penales para derivar casos a este sistema de resolución colaborativa, evitando los costos económicos y emocionales asociados."*⁷⁸

Argentina: en la República Argentina *"la mediación penal está prevista para las contravenciones y para aquellos delitos llamados "menores" que prevén una escala penal máxima de seis años de prisión, delitos culposos en general, como estafas, defraudaciones, lesiones, incumplimientos de deberes de asistencia familiar, entre otros"*⁷⁹ El acuerdo logrado en la mediación no es vinculante para el Fiscal, *"lo que hace que el fiscal conserve la potestad de acusar o no, y en esta decisión tiene mucho que ver los términos del acuerdo y su cumplimiento."*⁸⁰

Para el caso de Argentina se debe considerar realidad sistema político estatal federal que mantiene este país, lo que origina una administración de justicia para cada provincia manteniendo una ley penal adjetiva propia.

El caso más destacado es el de la provincia de Buenos Aires cuya Código de Procedimiento Penal 11.922, que aunque no se encuentra de manera taxativa, incorpora el principio de oportunidad y basándose en el mismo se ha logrado incursionar en la mediación penal.

De esta forma los Centros de mediación en materia penal basan su actuar en el artículo 86:

⁷⁷ Página de la Corporación de Asistencia Judicial Regiones de Tarapacá y Antofagasta, *¿Que son las Corporaciones?* Internet. <http://www.cajta.cl/nosotros.html>. (Acceso: Marzo 2013)

⁷⁸ Página del Gobierno de Chile. Op.Cit. (Acceso: marzo 2013)

⁷⁹ Hidalgo Juan José. Op. Cit. (Acceso: marzo 2013)

⁸⁰ Dávalos José. Op. Cit. Pág. 22

ARTICULO 86.- Situación de la víctima.- Lo atinente a la situación de la víctima, y en especial la reparación voluntaria del daño, el arrepentimiento activo de quién aparezca como autor, la solución o morigeración del conflicto originario o la conciliación entre sus protagonistas, será tenido en cuenta en oportunidad de:

1.- Ser ejercida la acción penal.

2.- Seleccionar la coerción personal.

3.- Individualizar la pena en la sentencia.

4.- Modificar, en su medida o en su forma de cumplimiento, la pena en la etapa de ejecución

En la provincia de Buenos Aires es posible recalcar ejemplos de mediación penal, como el caso del Colegio de abogados de Mercedes. José Ignacio Dávalos señala que:

La Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Fiscalía General del Departamento Judicial de Mercedes consideraron que tenían elementos normativos para encuadrar dentro de la ley a la mediación penal, pero no contaban con la infraestructura ni con los Mediadores. A su vez el Colegio de Abogados de Mercedes a través de su Centro de Mediación contaba con 19 abogados Mediadores perfectamente formados y venía desarrollando desde hacía cuatro años un importantísimo trabajo, lo que hacía que contara con la infraestructura y el material humano para llevar adelante este desafío.⁸¹

También se señalan sus altos índice de éxito reflejados en acuerdos logrados de manera pronta con un porcentaje de cumplimiento de los acuerdos es del 94%. Dávalos atribuye el éxito a que “son las mismas partes involucradas las que encuentran la solución a su problema y que con su firma se comprometen al cumplimiento del mismo.”

Afirma además que de las 1254 causas recibidas si bien realizó mediación en el 45 % de los casos y en el porcentaje restante no llegó a llevar a cabo la mediación ya sea por la falta de

⁸¹ Dávalos José. Op. Cit. Pág.21.

comparecencia del denunciante, del denunciado, o por problemas de notificación además se indica que por el amplio ámbito geográfico no siempre las partes podían arribar a las audiencias.

*“Pero la cifra que es significativa es que de las causas efectivamente mediadas más el 72,38% culminaron con acuerdo y el 94 % de los acuerdos se cumplieron, lo que revela que la mediación penal tiene futuro.”*⁸²

Estados Unidos: Las raíces mismas de la mediación penal se extienden a Estados Unidos, el sistema anglosajón permite la implementación de la negociación en el ámbito penal a modo de justicia tranzada o pactada denominada "plea bargaining", en la que el fiscal acta con el abogado de la defensa previa un juicio, de esta forma se lleva a cabo con posterioridad un pronunciamiento del imputado sobre su culpabilidad o "plea guilty". Una vez verificada la voluntariedad esa declaración se aplica una pena reducida en razón del acuerdo previo.

Elías Neuman dice: *“Cabe insistir en que el sistema norteamericano es posible la utilización en cualquier tipo de delito en que, si se dan las pautas referidas, se archiva el caso”*⁸³

Con este antecedente aparece en Estados Unidos la mediación víctima victimario VORP cuyos orígenes se remontan a la década de los 80 en los que la Iglesia menonita y la organización Prisionero y la Comunidad Conjuntos (PCT), instauraron este tipo de programas en los Estados Unidos en base a una experiencia desarrollada a partir de un caso de vandalismo juvenil en el pueblo de Elmira, Ontario.

La autora Josefina Rendón explica la mediación entre víctima y ofensor:

La mediación de justicia penal o mediación entre víctima y ofensor es el proceso por el cual la víctima de un crimen enfrenta al causante de éste en la presencia de un tercero quien ayuda a las partes a dialogar sobre los hechos y sus consecuencias. En dicho enfrentamiento, la víctima tiene la oportunidad de expresarle al ofensor su coraje o su temor, de echarle en cara el impacto de su conducta criminal, de preguntarle las razones de esta conducta, o

⁸² Dávalos José. Op. Cit. Pág.22.

⁸³ Neuman Elías. Op.Cit. 117.

*simplemente, de satisfacer su propia curiosidad sobre qué tipo de persona es el acusado. Por su lado, el ofensor tiene la oportunidad de explicar los hechos, explicar la razón de su conducta, comprender el punto de vista de la víctima, y hasta pedirle perdón.*⁸⁴

Alemania: En materia penal la “Ley de lucha contra el delito” de octubre de 1994 en el artículo 46.b.1 y 46.b2 se establece la posibilidad de arreglo señalando en cuanto al autor "en su empeño para lograr un acuerdo indemnizatorio lesionado haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte, aspirando seriamente la reparación" y añade "la reparación del daño y haya exigido considerable empeño personal o una renuncia importante e indemnizar a la víctima enteramente en su mayor parte"

José Manzanares señala que "éstas medidas tratan de atender mejor a los intereses de la víctima al autor para se comporte en este sentido"⁸⁵

No fue sino hasta inicios del año 2012⁸⁶ que la cámara baja (*Bundestag*) en un arduo y reñido proceso, aprobó el borrador de una ley de mediación que proponía la idea de que sean los propios jueces quienes realicen la función de mediadores, sin embargo esta idea fue eliminada e introdujeron la figura de un juez conciliador o *Güterichte*. Finalmente la cámara alta alemana (*Bundesrat*) terminaría por aceptar ambas concepciones. La “*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*” o “Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios” fue aprobada el 21 de julio del 2012 por el Presidente de la República Federal siendo “*la primera norma jurídica que regula formalmente los servicios de mediación en ese país*”⁸⁷

⁸⁴ Rendón Josefina. *Mediación entre víctima y ofensor*. Internet. http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm (Acceso: Marzo 2013)

⁸⁵ Manzanares José. Op. Cit. Pág. 166.

⁸⁶ Bert Peter. *German Mediation Act and the Mediation Committee: Final Compromise, Financial Incentives Added*. Internet. <http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/06/german-mediation-act-and-the-mediation-committee-final-compromise-financial-incentives-added/> (Acceso marzo 2013) (página en inglés) Se puede encontrar un resumen del proceso de aprobación de la “Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios” alemana.

⁸⁷ Portal europeo de e-justice. Internet. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-maximizeMS-es.do?member=1 (Acceso marzo 2013)

El artículo 1 define a la mediación como: “*La mediación es un confidencial y estructurado Proceso en el cual las partes que utilizan uno o más mediadores de manera voluntaria y autónoma buscando una solución amistosa de su conflicto*” (traducción propia)⁸⁸

España: En España la mediación en materia penal se encuentra avanzada delitos ocasionados por menores. La “Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores” publicada en el BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2000, permite la incursión de la mediación penal centrándose además en un proceso restaurativo, el artículo 19 expone:

1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

⁸⁸ La “Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios” se encuentra la Gaceta Federal (Bundesgesetzblatt, BGBl. I, 2012, S. 1577) (página en alemán) en la página http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%5b@attr_id='bgbl112s1577.pdf'%5d#_Bundesanzeiger_BGBl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D'bgbl112s1577.pdf'%5D__1370880252032 (Acceso : marzo 2013)

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

De este artículo se puede obtener importantes elementos propios de la mediación española:

La mediación es llevada a cabo por un equipo técnico que se encarga de acercar a la víctima y al victimario, proceso del cual se pueden desprender acuerdos de reparación a la víctima, que pueden consistir en el reconocimiento del daño causado por el victimario, la disculpa o realizar determinadas acciones beneficio de la comunidad.

La intervención del equipo técnico no solo se limita a la mediación sino que también se extiende a la verificación del cumplimiento de los acuerdos. Los resultados obtenidos son remitidos al ministerio fiscal.

El ministerio fiscal, por su parte, puede desistir de la continuación del expediente siempre que el equipo técnico, presente en su informe el compromiso de que el menor se haya reconciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado, una vez verificado

el cumplimiento de los acuerdos el fiscal, dar por concluida la instrucción y solicita al juez el sobreseimiento y archivo de lo actuado.

Si no se cumple con los acuerdos, el fiscal puede continuar con la tramitación del expediente.

2.1.3. Alcance de la Justicia Restaurativa, objetivos

Virginia Domingo de la Fuente, en su artículo “Justicia Restaurativa y Mediación Penal” señala los objetivos de la Justicia Restaurativa:

- 1. Invitar a la completa participación y al consenso*
- 2. Sanar lo que ha sido roto*
- 3. Buscar completa y directa responsabilidad*
- 4. Reunir lo que ha sido dividido*
- 5. Fortalecer a la comunidad para prevenir daños mayores.*
- 6. Buscar el esfuerzo cooperativo de la comunidad y del estado*
- 7. Buscar la reintegración de la víctima y el ofensor en la comunidad.⁸⁹*

Como se puede notar, la justicia restaurativa busca el resarcimiento de la víctima en los bienes intangibles vulnerados y su reparación no sólo se limitara a una compensación económica como se ha venido logrando en la justicia tradicional.

La reparación económica resulta insuficiente, solo algunos aspectos del daño podrán ser susceptibles de valoración económica como los gastos médicos por ejemplo, otro detrimento

⁸⁹ Domingo de la Fuente Virginia, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”. *Revista de derecho penal. LEX NOVA*, Numero 23, (2008). Internet. <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal> (Acceso: marzo 2013)

que sufre la víctima en su fuero interno es muy difícil su de reparación. Como bien se pregunta el doctor Dan Van Ness ¿qué puede compensar por noches pasadas sin poder dormir?⁹⁰

La Justicia Restaurativa, sin embargo va más allá de la reparación víctima victimario, sino que persigue como fin último la restauración de la sociedad en su globalidad.

El derecho penal y la ley en general tiene que responder a las necesidades sociales no puede abstraerse ella actuando por separado caso contrario la norma fallece, no es aplicable y por supuesto no soluciona ningún problema social, el derecho penal debe responder a los problemas de la sociedad y no al revés.

Javier Villanueva destaca la estrecha relación entre el derecho penal y la realidad social:

Es válido recordar, como el derecho penal tiene estrecha relación con la realidad social, pudiendo afirmar o decir que dicha realidad social tiene seria incidencia en aquel.

Por lo tanto, no puede ser el derecho penal ajeno a las tendencias propias de una sociedad modernizada o que marcha hacia una modernización; de suerte que si la sociedad contemporánea se globaliza, aquel derecho igualmente sufría influencias propias de aquel proceso si la sociedad resulta cruzada por gama de intereses que la hacen conflictiva, no le corresponde al derecho penal cosa distinta que adecuarse las realidades inherentes al contexto que esté expresando⁹¹

En este sentido el objetivo de la justicia restaurativa siempre será siempre de restaurar de manera efectiva y lo más pronto posible y sin injustificadas demoras aquellas rupturas del tejido social y surtidas en las múltiples relaciones y/o secuencias personales, interpersonales, familiares y laborales generadas por el delito de acción del delincuente⁹²

Nuevamente el autor Javier Antonio Villanueva señala que el derecho exalta la importancia de la justicia restaurativa como reparadora no sólo del individuo sino también de las relaciones sociales:

⁹⁰ Van Ness Dan. *Resultados Restaurativos*. Internet. <http://www.pfi.org/cjrespanolenfoqueresultados-restaurativos>. (Acceso : marzo 2013)

⁹¹ Villanueva Javier. Op. Cit. Pág. 192.

⁹² Villanueva Javier. Op. Cit. Pág. 443.

*La justicia restaurativa, el derecho penal y su sistemática pueden relacionarse de manera directa, evidente, coherente, eficaz y efectiva, hacia resultados que dignifiquen al hombre, a la sociedad y a las propias instituciones oficiales del Estado. Y esto es la tendencia contemporánea, que de marca ya no 'simples huidas', sino soluciones complementaciones alternativas, para las correspondientes encrucijadas*⁹³

Este autor además critica el rol que ha jugado la justicia tradicional "escudándose" o "huyendo" al formalismo, hacia la norma jurídico penal, sustancial y procesal de conocidas concepciones y prácticas mecanicistas y normativistas que originan un desgaste del derecho penal, y añade la necesidad de oxigenar las nuevas formas y modelos políticos criminales para alcanzar los objetivos de la convivencia y verdadera paz humana y finalmente se logren los objetivos y propósitos de la justicia es decir ser pronta, ágil, eficaz, eficiente y efectiva.⁹⁴

En este sentido la justicia restaurativa apunta hacia "humanización del derecho penal" disminuyendo los efectos nocivos de la violencia del propio y tradicional sistema penal⁹⁵ y partiendo de la premisa de que 'la ley no es derecho' y éste 'no se agota en la norma jurídica' sino que es un espacio en los cuales el derecho mismo puede ser renovado y constantemente creado.

2.1.4. *Inserción de la Justicia Restaurativa en la Audiencia de Mediación*

José Luis Manzanares empieza por notar una correlación entre justicia restaurativa y mediación, tan estrecha que inclusive se llega a concebir como equivalentes:

La mediación se nos ofrece como eje y manifestación más importante de la justicia restaurativa, por lo que a veces se utilizan indistintamente ambos conceptos, al igual que se

⁹³ Villanueva Javier. Op. Cit. Págs. 442 y 443.

⁹⁴ Villanueva Javier. Op. Cit. Pág. 443.

⁹⁵ Villanueva Javier Ob.cit. Pág. 442

*confunden sus fundamentos y efectos. Sin embargo, la idea de justicia restaurativa precede a la mediación, que sería el instrumento de aquella, el más cualificado (...)*⁹⁶

Para la inserción de la justicia restaurativa en la mediación es menester tomar en cuenta los nuevos modelos basados en la comunicación y las práctica discursivas y simbólicas que promueven diálogos transformativos⁹⁷, se han separado de los modelos tradicionales los cuales estaban relacionados con otras formas de resolución de conflictos como la negociación y arbitraje tratando de alejar la atención que se encontraba centrada en los intereses de las partes.

Los nuevos sistemas enfocan su atención, por ejemplo, en el abandono de la idea de déficit/escasez cómo es en la resolución de problemas y precisamente la restauración de los sujetos como activos co-constructores de sus realidades.⁹⁸

De esta manera se destaca la mediación transformadora promulgada principalmente por Joseph Folger y Robert Baruch Bush que concibe el conflicto no como un problema, sino como un hecho potencialmente transformador porque ofrece a los individuos la oportunidad de desarrollar e integrar sus capacidades tanto para fortalecerse asimismo como para empatizar con los demás, posibilitando la comprensión y teniendo en cuenta las perspectivas de los otros incrementando la sensibilidad ante los demás.⁹⁹

En la mediación transformadora, se alcanza éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, en cierto grado, gracias a lo que ha sucedido en el proceso de mediación. Más específicamente, la mediación transformadora tiene éxito cuando las partes realizan la experiencia del crecimiento en las dos dimensiones del desarrollo moral (...) la capacidad para fortalecer el yo y la capacidad para relacionarse con los otros,¹⁰⁰ contrario a los enfoques tradicionales en los que se concibe al éxito con el arribo de un acuerdo satisfacen las partes, del enfoque transformador avanza aún más buscando el mejoramiento de las partes.

⁹⁶ Manzanares José. Ob. Cit. Pág. 224.

⁹⁷ Proaño Moya Diego. *Nuevas perspectivas en la resolución de conflictos, documento elaborado a base de "Nuevos Paradigmas para la resolución de conflictos" D.Schmitman*. Curso de formación de mediadores del Centro de Mediación de la PUCE 2011.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Jones Tricia y Folger Joseph P (comp). *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1997. Pág. 41.

¹⁰⁰ Baruch Bush R.A y Folger J.P. *La Promesa de la Mediación*, Argentina, Editorial Granica, 2006. Págs. 133-134.

Los objetivos generales desde este modelo comprenden básicamente dos conceptos: la revalorización y el reconocimiento.

La revalorización tiene su origen partiendo del hecho de que las partes en disputa encuentran conmovidas, confundidas, temerosas, desorganizadas inseguras acerca de lo que deben hacer y en consecuencia se sienten vulnerables y exhibidas por la situación. Las partes se ven fortalecidas en la mediación cuando superen esta debilidad relativa, recuperen la calma y la claridad, adquieren confianza, capacidad organizativa y poder de decisión por consiguiente tienen un cierto sentido de su fuerza como para asumir el control de la circunstancia.¹⁰¹

El segundo objetivo de la mediación transformadora se encuentra en directa relación con justicia restaurativa, tomando en cuenta que lo que busca este tipo de justicia la participación de los actores del delito que intervienen de forma cooperativa, es así que Baruch Bush y Folger añaden al *reconocimiento*.

El reconocimiento tiene su origen en una actitud natural que presentan las partes durante la disputa, se pueden lograr emociones como la de sentirse atacado, agredido o amenazado ante las pretensiones de la otra parte y la respuesta es adoptar posturas de defensa siendo incapaces de comunicarse con sus propias necesidades.

Desde este punto inicial de relativa concentración en el yo, las partes llegan al reconocimiento cuando eligen voluntariamente abrirse más, mostrarse más atentas y empáticas, y más sensibles a la situación del otro.¹⁰²

Existen varias formas específicas en las que se logra el reconocimiento, durante la mediación transformadora como señalan Folger y Baruch Bush en “La promesa de la mediación”, abreves rasgos son:

- Consideración de reconocimiento: Las partes comprenden que poseen la capacidad de reflexionar sobre la situación del otro, no sólo como estrategia sino como “un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana del otro”¹⁰³

¹⁰¹ Ibídem, pág. 135

¹⁰² Baruch Bush R.A y Folger J.P. Ob. Cit. Pág. 140.

¹⁰³ Baruch Bush R.A y Folger J.P. Ob. Cit. Pág. 141.

- Deseo de otorgar reconocimiento: después de entender la situación del otro, la parte desea concentrar su atención en lo que la otra parte está experimentando durante el proceso, es decir no sólo basta con apreciar la dificultad ajena sino que desea realmente entenderla.
- Otorgar reconocimiento en el pensamiento: es un producto consciente en el que la parte renuncia a su propio punto de vista y trata de ver las perspectivas de la otra parte. Por ejemplo logra percibir que lo que interpretó como un insulto intencional fue el producto no premeditado de una frustración comprensible, o simplemente un modo distinto de comunicación, Folger y Baruch Bush señalan que es un momento en “que la luz se enciende” ya que se logra entender que la otra parte pudo tener estar bajo circunstancias difíciles generándose una visión comprensiva.
- Otorgar reconocimiento verbal: el reconocimiento se pone de manifiesto no únicamente en el fuero interno sino que se materializa de manera verbal ante la otra parte directamente o ante el mediador en privado.
- Otorgar reconocimiento en actos: se produce cuando la parte promueve formas de adaptación en base a la situación del otro, tratando de obtener una solución satisfactoria para ambos.

La doctora Virginia Domingo de la Fuente condensa los principales objetivos del enfoque transformador, la revalorización en el sentido de devolver a los individuos un cierto sentido de su propio valor, de su fuerza, que sean conscientes de su capacidad para afrontar los problemas en la vida. *“No los depositamos en un juez que toma una decisión ajena a nosotros, sino que somos nosotros los protagonistas de nuestra propia historia” y el reconocimiento en el sentido de “aceptación y empatía con respecto a la situación y a los problemas de los terceros. Salgo de mi papel de víctima para encontrarme con el infractor y salgo de mi papel de infractor para encontrarme con la víctima.”*¹⁰⁴

Conforme se puede observar mediante los procesos de revalorización y reconocimiento las partes primero advierten que tienen protagonismo en el conflicto y la búsqueda de soluciones y luego se podrían vislumbrar circunstancias que emergen del contacto entre las partes y que

¹⁰⁴ Domingo de la Fuente Virginia. Op .Cit. Pág. 19.

podrían ser comprendidas por el victimario al ser testigo del daño causado, del sufrimiento al que se ha expuesto a la víctima y terminar por ponerse “en sus zapatos”.

De igual forma la víctima puede enfrentar circunstancias del victimario, como por ejemplo que el accidente sea fruto de la premura por auxiliar a un familiar de gravedad, o el descuido se debió a factores psicológicos como es estrés por un divorcio o un despido, factores biológicos como el padecimiento de una enfermedad o hasta el olvido de sus anteojos, es decir circunstancias desafortunadas a las que todas las personas están expuestas en su vida cotidiana, que son exteriorizadas en la audiencia de mediación y podrían ser comprendidas por las partes. No son obviadas, no tomadas en cuenta, consideradas irrelevantes, o simplemente carecen de valor para el riguroso y formalista proceso litigioso.

Se trata de satisfacer no sólo el derecho de la víctima a la reparación de daños y perjuicios, sino que también de darle la oportunidad de comprender la motivación del delincuente, conocer sus circunstancias y recibir, quizá, una petición de perdón.¹⁰⁵

La mediación es el lugar natural de la justicia restaurativa, sus principios son plenamente compatibles, así lo manifiesta además la citada autora, quien sostiene que la mediación y la justicia restaurativa “son dos caras de la misma moneda” *La mediación se rige y se alimenta de los mismo principios y posee los mismos beneficios de la Justicia Restaurativa, pues es una forma de poner en práctica esta Justicia.*¹⁰⁶

2.1.5. Ampliación del campo de acción de la Mediación en aplicación de la Justicia Restaurativa

Como se ha manifestado justicia restaurativa abarca campos de reparación a la víctima que no se limita al aspecto pecuniario, sino que además reparará el tejido social.

¹⁰⁵ Manzanares Samaniego José. Op. Cit. Págs. 18 y 19.

¹⁰⁶ Domingo de la Fuente Virginia. Op.Cit. Pág. 15.

Al insertar la justicia restaurativa en el modelo adecuado de mediación, se obtendrán por lo tanto resultados restaurativos dentro del tratamiento del conflicto, superando así la concepción de mediación como una simple negociación asistida.

Elías Neuman llega a señalar incluso que si el conflicto no arriba hasta el campo judicial, entendida ésta como el litigio

Se ayudará a una mejor elaboración de sentimientos de expiación en la víctima y a la comunidad global.

Es probable, además, la mediación pueda constituir un hito para la protección del victimario una suerte de resorte ideológico para la ansiada pacificación social, condición imprescindible para que impere la justicia¹⁰⁷

Finalmente termina por asegurar: *"una cosa es segura: mediante la mediación es mucho más probable del victimario encuentra elementos para la llamada resocialización social y más posibilidades que aquel que egresan de la cárcel"*¹⁰⁸

Como sostiene el autor José Luis Manzanares Samaniego, la mediación es el principal instrumento de la justicia restaurativa ya que sus objetivos coinciden en gran parte, pero no solo se agotará en constituir un espacio entre víctima y victimario. La justicia restaurativa además perseguirá la reconstrucción del tejido social lesionado

La mediación por lo tanto tendrá un efecto entre los actores indirectos del conflicto, sean familiares, allegados, amigos y finalmente a la sociedad en largo plazo, ya que la justicia restaurativa implica además a la comunidad en la solución de un conflicto que la afecta. Se aseguran mejor las relaciones pacíficas en el futuro.¹⁰⁹

Como señala Javier Villanueva refiriéndose la mediación y conciliación civil como métodos alternativos de solución de conflictos que:

¹⁰⁷ Elías Neuman. Op.Cit. pag 83.

¹⁰⁸ Elías Neuman. Op.Cit. pag 83.

¹⁰⁹ Manzanares José Op. Cit. Pág 19.

Tienen particular sujeción a las exigencias y tendencias del derecho internacional, haciendo estas parte sustancial de la justicia restaurativa, lo que muestra y demuestra que recurrir a métodos cada día más garantistas, menos represivos y crecidamente alternativos, podrían servir para, no sólo humanizar el propio derecho penal, sino también como lograr el sentido u objetivo universal de toda verdadera justicia, como lo sería, el real logro de los intereses supremos del ser humano.¹¹⁰

Dicho criterio parece compatible con lo que afirma Neuman que explica la trascendencia de la mediación, que a partir del reconocimiento del daño por parte del victimario se produce una suerte de cambio en él previniendo los futuros delitos:

La mediación, en cambio, lo ayuda corporizar el dolor y el daño que ha causado. Esta vez deberá reflexionar sobre su responsabilidad y es posible que ello le conduzca formulaciones más constructivas en el futuro. Es una curiosa forma de prevención especial del delito sobre la base de la no punibilidad.¹¹¹

2.2. Construcción del concepto “mediación restaurativa”

2.2.1. Mediación como espacio de acercamiento víctima – victimario

Respondiendo a esta nueva tendencia y forma de entender la justicia penal, es necesario generar un ambiente propicio para que víctima y victimario se confronten, se identifiquen, propongan sus necesidades, frustraciones y afectación personal que el delito les ha causado, el espacio más pertinente en el Ecuador es la audiencia de mediación donde un tercero imparcial podrá velar por el correcto desenvolvimiento de este innovador proceso restaurativo.

¹¹⁰ Villanueva Javier. Op. Cit. Pág. 442

¹¹¹ Neuman Elías. Op. Cit. Pag. 84.

Elías Neuman explica la distancia marcada que tiene el juez con la partes así como la impotencia del sistema tradicional litigioso para atender las necesidades de las víctimas cuando no son pecuniarias.

Como la víctima no suele hablar con el juez, nunca se sabrá qué es lo que quiere y se olvidará de lo que necesita. Hay ingente cantidad de casos en que la víctima le interesa únicamente resarcirse del daño más que la pena que el estado quiere aplicar al infractor en otros lo que más desea por sobre otra cosa, es comprender y tener explicaciones del victimario. O acaso más simplemente que le pida perdón¹¹²

En la instauración de la justicia restaurativa, la necesidad del acercamiento víctima – victimario es un eje fundamental y primordial para que se produzcan resultados restaurativos. Sin el encuentro entre los actores, simplemente la justicia restaurativa no puede operar y mantendría los mismos vicios y desventajas de la justicia tradicional.

Juan José Hidalgo explica:

La reformulación del proceso penal desde dentro es impostergable, devolviéndole la primacía a la víctima. En vez de construir muros para confinar al agresor, debemos de construir puentes de entendimiento entre ambos (víctima y agresor). Que el agresor enfrente su conflicto y vea de cerca el daño causado y se proceda a su reparación. Ponerlo en el lugar de la víctima y hacer lo propio con ésta y aquel. Se trata de construir una historia alternativa, que implique un compromiso ético del agresor¹¹³

Cynthia Olson, directora del centro de mediación de Albuquerque, Nuevo México se refiere a la mediación como este espacio de acercamiento entre estos actores:

¹¹² Neuman Elías. Op.Cit. Pág. 28

¹¹³ Hidalgo Juan José. Op. Cit acceso (mayo 2013)

Este es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada y reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia del mediador entrenado. Los objetivos de la mediación víctima infractor incluye: permitirá a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de la propia voluntad, animando el infractor a comprender sobre el impacto del crimen y tomar responsabilidad del daño resultante, y proporcionando la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para tratar el daño”¹¹⁴

El abogado Juan José Hidalgo se refiere a la ventaja desde el punto de vista del ofensor quien además atraviesa por un proceso interno en el que se enfrenta con las consecuencias de sus propias acciones, dándole así, la oportunidad de proporcionarles a la víctimas y a la comunidad, una restitución apropiada, a la vez de que consiga preservar su propio auto estima y dignidad.

Este tipo de mediación también le ofrece a la víctima una voz más activa en el proceso y el resultado del caso, y consecuentemente, más satisfacción en el sistema jurídico.¹¹⁵

Ya que la mediación goza de principios exclusivos, carentes el proceso judicial como la confidencialidad, voluntariedad, imparcialidad, neutralidad (principios establecidos en Massachussets Association of Mediation Programs)¹¹⁶ el acercamiento entre la víctima y el victimario es factible al contar con un ambiente privado y un encuentro directo sin intermediarios. El mediador podrá regular el ritmo de la conversación y los términos en los que se desenvuelve. La confidencialidad proporciona confianza a las partes promoviendo los mencionados procesos de reconocimiento y revalorización, un ambiente controlado, familiar, sin el caos y conflictividad de la fiscalía o de un juzgado es lo que propone la mediación.

Finalmente resulta interesante exponer la definición de mediación que trae consigo el mencionado proyecto de Código Orgánico Penal Integral en el artículo 736:

¹¹⁴ Olson Cynthia. Ponencia: Aplicando la mediación de los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa, Seminario construyendo la justicia en América Latina. Heredia-Costa Rica septiembre, 2005. Disponible en www.justiciarestaurativa.com (Acceso: mayo 2013)

¹¹⁵ Hidalgo Juan José. Op. Cit acceso (mayo 2013)

¹¹⁶ Mnookin J, Kolb D y otros. Ob. Cit. Págs.131-132.

Art. 736.- Mediación.- La mediación es un mecanismo de solución alternativo de conflictos por el cual un tercero neutral, llamado mediador trata de permitir el intercambio de opiniones entre la víctima y la persona investigada durante el proceso para que confronten sus puntos de vista y, con su ayuda, logren solucionar el conflicto que les enfrenta.

La mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o petición de disculpas públicas¹¹⁷.

Se puede observar este artículo realiza una aproximación a lo perseguido por la mediación se aplica la justicia restaurativa ya involucra la confrontación de opiniones de víctima y victimario sin duda trascendiendo de la concepción tradicional de mediación.

2.2.2. Mediación como sistema integral de reparación a la víctima

La justicia no goza de confianza ciudadana y más bien existen escepticismo en su actuar y en los resultados que oferta. Jaime Vintimilla Saldaña menciona la creciente desconfianza de los ciudadanos en el sistema judicial citando un estudio de los Centros de Atención legal desde la sociedad civil en casos penales y otros de la Fundación Esquel-USAID:

Hay una pérdida cada vez mayor de legitimidad del sistema judicial, pues no solamente disminuido su capacidad para constituirse en el referente de un orden de derecho, sino que, con su eficiencia cada vez más limitada tiende a agravar la situación del país. Así, la

¹¹⁷ El proyecto de ley *Código Orgánico Integral Penal*, presentado por iniciativa de la Presidencia de la República el 14 de octubre del 2011, a la fecha de la elaboración de la presente tesis superó el primer debate en la Asamblea Nacional. El estudio de los efectos y las consecuencias de esta normativa si se aprueba es tema de otra investigación. Se ha considerado no pertinente ahondar en el estudio de una norma que aún no está vigente.

*percepción general de la inseguridad no sólo es política, económica y social, sino también jurídica.*¹¹⁸

Inclusive es el propio sistema en convierte en víctimas a los actores logrando el efecto totalmente contrario a la reparación integral de la víctima, mucho menos reparando el tejido social.

Elías Neuman señala que la victimización judicial inicia a partir de “los seres en conflicto, actores del drama de la vida y a veces de la muerte, pasan a ser victimizados entre esperas y demoras en la esclerosis de los andamios del sistema”¹¹⁹ Existe una ausencia absoluta de preponderancia hacia la víctima quien termina mimetizada por el sistema quien únicamente le resta buscar que se aplique la pena, sin embargo esto no soluciona el problema y *"tampoco soluciona su conflicto y su orfandad, ni su necesidad resarcitoria, ni la explicación que requiere ni, en su caso, restañar el vínculo o el conocimiento con el infractor en una suerte de diálogo sugerido o, a veces simbólico, que le permite entender"*¹²⁰

Inclusive el propio victimario resulta vulnerado, *"desde su detención preventiva, deviene víctima. Separado de sus afectos, segregado, asegurado, custodiado, sólo interesará a los fines del recuento diario en la cárcel"*¹²¹

Como lo indica el Autor Juan José Hidalgo Huerta en Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación penal y Crítica, el procedimiento penal tiene una falencia insalvable en cuanto a la reparación a la víctima, que a más de ser vulneradas en el aspecto pecuniario, sus derechos como la honra, integridad y dignidad han sido menoscabados sufriendo un daño emocional muchas veces irreparable *“Realmente el sistema no se ocupa de estudiar el conflicto y a sus actores. Está muy ocupado inmerso en sus propósitos. Diariamente las víctimas se quejan ante los oídos sordos de la justicia, que no le protege ni la entiende*^{122”}

¹¹⁸ Vintimilla Saldaña Jaime y Ubidia Andrade Santiago. *Métodos Alternativos de Manejos de Conflictos y la Justicia Comunitaria en el Ecuador*, CIDES Unión Europea, programa regional de justicia de paz programa andino de derechos humanos y democracia 2002-2005. Pág. 5.

¹¹⁹ Neuman Elías. Op.Cit. Pág. 25.

¹²⁰ Neuman Elías. Op.Cit. Págs. 27 y 28.

¹²¹ Neuman Elías. Op.Cit. Pág. 26.

¹²² Hidalgo Juan José. Ob. Cit. (Acceso: mayo 2013)

Este autor añade que la víctima pasa a ser una especie de evidencia al proceso para cumplir con su objetivo final: la imposición de la pena. Surge así una doble victimización, la del agresor y la del propio sistema (victimización secundaria). *“Tampoco resulta necesario escucharla en el proceso. La audiencia puede llevarse a cabo en su ausencia.”*¹²³

El marco normativo internacional rescata la necesidad de la reparación a la víctima, ocupándose no solo en la reparación económica.

La Organización de las Naciones Unidas, mediante la Resolución No. 40/34 del 29 de septiembre de 1985, denominada “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” señala en el artículo 4

Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

El artículo 8 además añade formas de reparación o resarcimiento hacia la víctima:

Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

En el ámbito nacional el artículo 78 de la Constitución de la República sigue la misma línea señalando:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las

¹²³ Hidalgo Juan José. Ob. Cit. (Acceso: mayo 2013)

protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

De lo revisado se pueden hallar algunos elementos, primero se logra establecer que el sistema judicial es ineficaz en la reparación en la reparación a la víctima, no solo la ignora sino que logra el efecto contrario a una restauración victimizándola, tanto a ella como al propio victimario que son presos del sistema.

La necesidad de reparación es una prioridad en el derecho internacional y se ha recogido en la Carta Magna. Los enunciados como “pronta reparación del daño”, “resarcimiento equitativo”, “la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado” pasan a ser simples declaraciones sin posibilidad de aplicación.

De la lectura de este artículo constitucional se puede inferir que ya se ha aterrizado en el campo de la justicia restaurativa, por lo que es necesario lograr verdaderas formas de restauración que no consigue la justicia retributiva.

Son varias las formas de reparación de la víctima, como indica el Doctor Van der Ness “*se pueden alcanzar soluciones distintas a la reparación civil tales como el pedir perdón por parte del agraviante, entendiéndose como una expresión genuina de remordimiento al haber hecho algo para causarle daño a la otra persona.*” ¹²⁴Y empieza ya por vincular estas soluciones a la mediación al señalar que “*muchas reuniones se inician con las disculpas del infractor. Pero mientras la conversación continúa, ellos van comprendiendo mejor cómo han sufrido las víctimas por el daño causado*”¹²⁵.

También añade que otra forma con la que el infractor puede reparar el daño que ha causado consiste en realizar actos concretos que le permitan enfrentar las causas que contribuyeron a

¹²⁴ Van Ness Dan. Op. Cit. (Acceso: mayo 2013)

¹²⁵ Van Ness Dan. Op. Cit. (Acceso: mayo 2013)

la decisión de cometer un crimen. Las víctimas con frecuencia desean saber qué es lo que el infractor hará para disminuir la probabilidad de que se repita su conducta nuevamente. Ejemplos de este tipo de acuerdos incluyen ir a la escuela, conseguir un trabajo, someterse a un tratamiento contra la adicción, etc.¹²⁶

Es precisamente ante ese descuido de la reparación integral a la víctima que aparece la mediación como una forma de lograr estos objetivos, como se ha revisado el encuentro entre víctima y victimario produce resultados restaurativos que emergen de las propias partes, mientras el sistema judicial es insuficiente en señalar una reparación material, los acuerdos pueden versar sobre muchas formas de reparación, visitar a la víctima en el hospital. Como señala el doctor Edgar Andrade “*hay veces que puede tener mucho más valor visitar a la víctima en el hospital, brindarle apoyo con ir hasta su casa, constatar su realidad y ayudar a su familia*”¹²⁷

2.2.3. Rol del mediador como facilitador de acuerdos, búsqueda del perdón arrepentimiento

La presencia del mediador es relevante en los conflictos derivados de una infracción penal. Tradicionalmente su labor es la de acercar a las partes para que sean ellas quienes busquen las fórmulas de arreglo. Sin embargo este “acercamiento” se puede orientar de diversas formas dependiendo del objetivo de la mediación.

Tomando en cuenta que la “mediación restaurativa” propone además de búsqueda del acuerdo, el acercamiento de la víctima y victimario para la restauración de la víctima, el arrepentimiento del victimario enfocado en el perdón y como fin último el restablecimiento del tejido social, es evidente que el mediador debe contar con la destreza y preparación especializada para pasar de ser un asistente en la negociación a ser un agente que promueva el cambio entre los actores del conflicto.

¹²⁶ Van Ness Dan. Op. Cit. (Acceso: mayo 2013)

¹²⁷ Información obtenida mediante entrevista al doctor Edgar Andrade, Director del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha, de fecha 13 de junio del 2013.

De esta forma el perfil del mediador favorecerá el acercamiento de las partes encaminarlas a cumplir los objetivos de la justicia restaurativa. Entre sus funciones el mediador intentará favorecer el intercambio de información, ayudará a cada parte entender la visión de la otra parte en el conflicto, estimulando su creatividad para que se realicen propuestas de acuerdo.

Virginia de la Fuente señala que el mediador “*sirve de cauce para que víctima y ofensor puedan llegar a acuerdos de restauración y reparación del daño y también para que el infractor asuma su responsabilidad por el hecho cometido*”.¹²⁸

Rettberg Angélica destaca el rol del mediador en la búsqueda del perdón tomando como ejemplo el modelo estadounidense:

*El ejemplo típico es de mediación entre víctima y ofensor (victim-offender mediation), consistente en que, con la participación de mediador que facilite la comunicación entre ambos, aquella y éste lleguen a un acuerdo sobre las mejores maneras de reparar el daño y, eventualmente, arriben a una reconciliación basada en la solicitud de perdón por parte del ofensor y la concesión del mismo por parte de la víctima*¹²⁹

Woolpert menciona el papel del mediador en los programas de reconciliación víctima ofensor VORP en donde el mediador empezara por contactar a las partes y será el responsable de informarlas sobre la mediación y sus beneficios potenciales, en este momento se anima a cada parte a que cuente su historia, no sólo para dar el mediador la información acerca del delito sino también para establecer una relación con el mediador y disminuir el nivel emocional en la sesión de mediación posterior¹³⁰

Sin duda el mediador debe contar con los elementos suficientes para determinar las circunstancias que rodean al conflicto, debe estar al tanto las posturas de las partes. Si la mediación se desprende a causa de una derivación por parte del juez es probable que el mediador cuente ya con una idea de los acontecimientos, sea por las actuaciones realizadas y

¹²⁸ Domingo de la Fuente Virginia. Op. Cit. Pág. 14.

¹²⁹ Rettberg Angélica. Op. Cit. Pág. 100.

¹³⁰ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 338.

contenidas en el parte policial, exámenes médicos y peritajes, sin embargo sobra decir muchos factores permanecen subyacentes y se alejan de la verdad material que busca el derecho penal.

Durante la mediación se pueden presentar varios inconvenientes, mismos que el mediador debe estar en capacidad de solventar, casos en los que las partes no se encuentran equilibradas económicamente o existe influencias de poder, políticas o de otra índole, por ejemplo, tienden a mostrar a la parte más débil en desventaja, en este tipo de eventos donde prima la desigualdad se podría vislumbrar:

Los criminales pueden sentirse obligados a someterse a las exigencias de sus víctimas para evitar una sentencia más dura en el tribunal. Por el contrario, un criminal persuasivo puede convencer a una víctima nerviosa y que hace que un acuerdo injusto. Un ofensor también puede inferir de la aceptación de una disculpa por parte de la víctima que el crimen no era censurable.¹³¹

Como se puede notar en esta etapa el rol del mediador es el de procurar el equilibrio de las partes y la no injerencia de factores que puedan influir en el alcance del libre acuerdo, tarea que se debe alcanzar con una debida preparación y habilidad Woolpert señala:

El mediador debe recorrer una tenue línea entre regular la interacción para elevar al máximo los beneficios para ambas partes y mantener la neutralidad en relación a la racionalidad de la petición de indemnización por parte de la víctima. Un acuerdo superficial que sólo entierra los conflictos subyacentes puede ser peor que ningún acuerdo. Se espera que el mediador ayude el proceso de comunicación, centre la discusión en las áreas donde convergen los intereses, y se asegure de que ambas partes protagonicen sinceramente el acuerdo.¹³²

¹³¹ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 338.

¹³² Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 340.

Para llegar a este cometido las autoras Elena Highton y Gladys Álvarez señalan tres tipos de prácticas en las que se vale el mediador para alcanzar su objetivo de prestar asistencia las partes, de esta forma se puede identificar:

Técnicas reflexivas: el mediador creará las bases de su concreta actividad en una determinada disputa. Se señala como ejemplo tratar de hablar el mismo lenguaje que las partes; crear el clima adecuado y buena imagen del mediador; permitir que los intervinientes ventilen emociones.

Técnicas sustantivas: Hace referencia a las cuestiones contenidas en el fondo de la disputa. Por ejemplo, la posibilidad de sugerir algún punto de acuerdo tratando de modificar las expectativas de los participantes.

Técnicas contextuales: hacen referencia a la facilitación del proceso de resolución de la disputa, por ejemplo, crear un clima de confianza entre las partes con el mediador.¹³³

Se ha señalado que la mediación restaurativa trasciende de los actores del delito hasta la misma sociedad transformándola. Al respecto Joseph Folger y Robert Baruch por su parte señalan la importancia que juega el papel del mediador en el modelo transformativo, que, como se ha expuesto, procurará alcanzar la transformación de los individuos.

Para este efecto el mediador deberá localizar "*las elecciones tras las cuales se puede dar poder a las partes*"¹³⁴ además de encontrar de "*brechas que permite que cada parte reconozca la perspectiva de la otra*"¹³⁵

El mediador deberá arengar las partes en la búsqueda de soluciones emitiendo sugerencias y planteando preguntas para que sean resueltas los propios intervinientes, dándoles "poder" de tal modo y que se "minimizan los riesgos propia influencia"

El mediador deberá promover el reconocimiento entre las partes hallando y e identificando estas oportunidades para que la mediación sea menos orientada hacia el futuro asentándose en el presente.

¹³³ Highton Elena y Álvarez Gladys. Op. Cit. Pág. 215.

¹³⁴ Jones Tricia y Folger Joseph P (comp). Op. Cit. Pág.43

¹³⁵ Ibídem. Pág. 43

El mediador no sólo reinterpreta, traduce o re enmarca dichos puntos de vista de las partes, sino que, al hacerlo, también les pide que reconozcan el valor de esa reformulaciones, las alienta considerar que el reconocimiento de la perspectiva de los otros es esencial para el proceso de la mediación y para una respuesta productiva al conflicto en general.¹³⁶

¹³⁶ Ibídem. Pág. 45

CAPITULO III: APLICACIÓN DE LA “MEDIACION RESTAURATIVA” EN DELITOS DE TRÁNSITO

3.1. Aplicación del concepto “Mediación restaurativa” en delitos de tránsito para resarcir daños materiales y lesiones conforme a la ley

Como se ha analizado, la materia de tránsito se presenta como un terreno fértil para la instauración de la mediación inspirada en los principios de la justicia restaurativa, no sólo porque muestra las herramientas propicias en el ámbito procesal, como el tan nombrado artículo 170 de la LOTTSV que permite la extinción de la acción penal bajo ciertas circunstancias, sino que facilita su introducción por el carácter de delito culposos, es decir responde a lo comúnmente se escucha “nadie toma su auto para matar a alguien”, es decir por característica intrínseca no existe dolo en los delitos de tránsito, lo que supone una ventaja, al menos técnica, para comenzar con la introducción de la “mediación restaurativa” ya que se el proceso de mediación en tránsito podría desentenderse de motivos personales propios del fuero interno que motivan el cometimiento del delito común, como la venganza u odio.

Resulta más factible empezar por tratar conflictos derivados de delitos de tránsito, en el que victimario obró con imprudencia, descuido o impericia que con delitos en los que el victimario realizó todos los actos conducentes para infligir daño, un delito grave como homicidio. Si bien no es imposible, supone un grado mayor de especialización de la mediación, de su mediadores, además de un fuerte cambio de paradigma social y una profunda reforma del marco legal.

Por lo tanto es más plausible realizar una incursión de la “mediación restaurativa” en materia de tránsito ya que, como se ha analizado, se dispone del marco legal factible.

3.2. Ámbito de aplicación de la Mediación restaurativa para resolver conflictos sociales derivados de infracciones de tránsito

3.2.1. *Escalamiento del conflicto*

Las autoras Jorgelina Amstutz, Elda Mazzarantani y Marta Paillet en el texto “Pedagogía de la Paz, Construir la Convivencia manejando adecuadamente los Conflictos” manejan un acertado concepto de escalamiento del conflicto, así señalan:

*Llamamos escalada al modo en que el conflicto crece y aumenta por: el nivel de alteración que alcanzan las emociones de las partes involucradas; el número de personas que sin tener nada que ver con el mismo se le van sumando; la violencia de los medios utilizados para buscar la recuperación del equilibrio; el incremento y extensión del ámbito territorial y jurisdicciones dentro de las cuales se desarrolla. Las transformaciones en los conflictos son generalmente vertiginosas y las partes no tienen conciencia de ello.*¹³⁷

Estas autoras identifican además algunos factores de devienen en el crecimiento del conflicto, existen un factores tanto del fuero interno de los disputantes como como la injerencia de actores externos, en todo caso el conflicto se desencadenado y sin control va aumentando su gravedad hasta incidir en el ámbito territorial.

Josep Redorta adiciona en el texto “Cómo analizar los conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación” que en la fase de escalamiento la confianza se reduce el mínimo y debe considerarse un proceso donde dicha confianza se destruye sistemáticamente, lo cual influye en la percepción respecto a la actuación de la otra parte.

Nuevamente Jorgelina Amstutz, Elda Mazzarantani y Marta Paillet presentan un cuadro en el que desarrollan los factores que inciden en el escalamiento del conflicto:¹³⁸

¹³⁷ Amstutz Jorgelina I Mazzarantani Elda, Paillet Marta N. *Pedagogía de la Paz, Construir la Convivencia manejando adecuadamente los Conflictos*, Edit. Fundación Bica Santa Fe, 2004. Pág 61

¹³⁸ *Ibíd.* Pág. 62.

| ESCALADA DEL CONFLICTO | DESESCALADA DEL CONFLICTO |
|---|---|
| Hay incremento emocional (ira, rabia). | + Disminuyen las conductas emocionales. |
| - No se separa a las personas de los problemas. | + Se centra la atención en el problema y no en las personas. |
| - Aumentan los temas de litigio (una pelea por una cuestión se transforma en una de múltiples cuestiones, se recuerdan y agregan hechos del pasado) | + Se concreta sobre el asunto causal de la disputa, para buscar salidas. |
| - Hay un aumento en las amenazas y en el uso de la coerción. | + Se modifican las percepciones de amenazas. |
| - Se involucran otras personas que toman partido por una u otra parte. | + Las personas no involucradas se mantienen neutrales. |
| - No existen lazos, hay distancia y desconocimiento. Falta confianza entre las partes. | + Hay confianza entre las partes. |
| - Las partes tienen pocas habilidades para la resolución de conflicto. | + Se conocen técnicas o habilidades de resolución de conflictos o alguien puede ayudar. |

Se pone de manifiesto elementos como la incorporación de mayores temas de discusión multiplicando el conflicto originario, la intervención de personas ajenas al conflicto y el incremento del ámbito territorial y jurisdiccional.

El análisis del escalamiento no hace más que ratificar la necesidad de un procedimiento que promueva precisamente los factores de desescalamiento señalados.

Josep Redorta rescata la eficacia de la mediación sobre un conflicto que ha alcanzado su madurez, señala que el proceso de desescalada será un proceso de reconstrucción de confianza mutua, en un cierto nivel, produciéndose una nueva relación de poder entre las partes.¹³⁹

Se puede vislumbrar, por lo tanto, que el proceso de mediación está mejor provisto de medios para el desescalamiento del conflicto al ser privado y confidencial, promoviendo el acuerdo de

¹³⁹ Redorta Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A, 2004. Pág 79.

las partes contraponiéndose al proceso judicial de carácter público en el que naturalmente se incorporan factores de escalada. La intervención de los abogados que pujan, naturalmente, por los intereses de sus clientes muchas veces negando la conciliación o negociando en base aposturas inamovibles, las partes se enfrentarán a la influencia de más personas, el conflicto se seguirá prolongando resultando cada vez más difícil tratarlo. Tanto víctima como victimario son expuestos a opiniones de amigos, familiares y personas ajenas al conflicto llenándose de precepciones muchas veces erróneas, de ahí que Woolpert insiste en que la mediación debe llevarse a cabo lo más pronto posible.

*La mediación suele ser eficaz si sucede tan pronto como sea posible tras el delito, cuando los recuerdos están muy frescos. Si la mediación tiene lugar después de que un caso ha sido adjudicado, el proceso de confrontación puede polarizar el conflicto e inhibir la reconciliación. Los retrasos también frustran a las víctimas, complicando después el proceso de mediación.*¹⁴⁰

3.2.2. Reducción de la violencia producida por infracciones de tránsito

La mediación restaurativa goza de los beneficios provenientes de tanto del proceso de mediación como de la justicia restaurativa. Las partes retomarán el protagonismo de en cuanto al suceso que originó el conflicto derivado del delito, serán ellas mismas que indagarán en la búsqueda de soluciones llegando a acuerdos que son más justos al ser acordados por ellas mismas y no impuestas por una autoridad.

El conflicto derivado por un accidente de tránsito tiende a escalar de manera vertiginosa y no es difícil que termine en actos de violencia. Como se ha expuesto la mediación propende a la desescalada del conflicto arribando a un acuerdo consensuado ya que " como las víctimas, los

¹⁴⁰ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág. 339.

ofensores expresan generalmente la creencia de que la indemnización mutuamente acordadas es justa"¹⁴¹

Vale la pena observar la experiencia estadounidense en los programas de reconciliación y víctima ofensor o VORP que procura la aplicación la justicia restaurativa.

Evidentemente dichos programas cuentan con características propias enmarcadas en el marco legal estadounidense como la presencia de un miembro lego de la comunidad y el alejamiento del sistema gubernamental. Sin embargo resultan relevantes y compatibles con la realidad ecuatoriana los objetivos perseguidos en estos VORP, es decir un tratamiento informal del conflicto en el que se explore las facetas psicológicas, legales y económicas. El autor Stephen Woolpert señala como meta de los VORP “la búsqueda de resultados individualizados a las de instancias únicas de cada caso. Los objetivos principales son la reconciliación y restablecimiento en lugar de la disuasión y la aplicación del castigo”¹⁴² los programas son llevados a cabo por organizaciones sin ánimo de lucro usualmente basado en la iglesia y reciben derivaciones sistema ordinario de justicia siendo del mayor del programa de mediación y restitución de Dallas Texas. Woolpert se refiere a los beneficios que aporta este tipo de mediación a la sociedad:

*Consiguiendo de reconciliación en lugar del mero castigo, los VORP previenen problemas posteriores. En tanto que el crimen representa una ruptura en las cadenas que mantienen a la comunidad unida, la indemnización inmediata sirve como un proceso de curación social. Por ello, el nivel de miedo y tensión en la comunidad en conjunto se reduce hasta un grado no alcanzable por medio del funcionamiento sistema de justicia criminal formal.*¹⁴³

Los resultados positivos obtenidos en estos programas invitan a creer que un modelo en el que se aplique la justicia restaurativa puede contribuir mejor manera la reparación del tejido social finalmente alcanzando el bienestar común.

¹⁴¹ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 336.

¹⁴² Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 326.

¹⁴³ Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul. Op.cit. Pág 326.

Bien podría decirse que la búsqueda de resultados restaurativos contribuye mejor manera a alcanzar un fin último y mucho más elevado: el buen vivir o *sumak kawsay* ampliamente nombrado en la Constitución de la República y entendido como:

*La satisfacción de las necesidades con la consecución de una calidad de vida y muerte dignas, como el amar y ser amado, el florecimiento saludable de todos, en paz y armonía con la naturaleza para la prolongación de las culturas humanas de la biodiversidad*¹⁴⁴

Folberg y Taylor señalan que mediante la mediación se alcanzaría “*la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda los participantes para que lleguen a una resolución consensual.*”¹⁴⁵

3.2.3. Reducción de reincidencia de delitos de tránsito

Evidentemente si las partes arriban a la mediación es porque existe un conflicto derivado de un accidente de tránsito, es decir se enfrenta a un delito consumado, sin embargo es posible prever una reducción en el cometimiento de nuevos delitos, es decir su reincidencia, mediante una función educadora que es posible en la “mediación restaurativa”.

Si bien la justicia penal actual castiga el cometimiento del delito consumado en su gran mayoría, la justicia restaurativa se desenvuelve en ámbitos mucho mayores que la justicia tradicional eminentemente punitiva, jugando un rol culturizante y de restitución social.

Javier Antonio Villanueva al analizar la justicia restaurativa en Norteamérica señala que este tipo de justicia también tiene un ámbito de prevención contrario todo esquema tradicional persecutorio penal y sancionatorio represivo que evidentemente espera a la consumación del delito para ponerse en acción. Explica que en la experiencia norteamericana la justicia

¹⁴⁴ Ramírez Gallegos René. *Socialismo del Sumak kawsay o biosocialismo republicano*, Ecuador, Editorial Don Bosco, 2012. Pág. 20.

¹⁴⁵ Folberg Jay y Taylor Alison. Op.Cit. Pág. 27.

restaurativa se logra con el involucramiento de la comunidad y en especial a los niños que se les inculca valores trascendentales, citando al autor Rupert Ross manifiesta:

*No hay razón para la generación de conflictos cuando la gente vive feliz y se siente bien con su comunidad. Este sentimiento de confort es enseñado a los niños desde pequeños mediante la tradición oral por este motivo la dimensión de la justicia restaurativa es cultural y abarcadora: no se centra en delitos solamente*¹⁴⁶

Bien se podría trasladar estos conceptos de justicia restaurativa al ámbito nacional y a los delitos de tránsito. Como se indica la intervención más directa de los actores y la comunidad permite la difusión de valores ejerciendo evidentemente una función educativa.

En virtud de este presupuesto es precisamente es objetivo de la educación para el tránsito y seguridad vial, la prevención de accidentes de tránsito como se puede constatar en los literales a) y f) del artículo 185 de la LOTTSV es decir "Reducir de forma sistemática los accidentes de tránsito" y "Procurar la disminución de la comisión de las infracciones de tránsito", lo que es posible lograrlo como lo determina el literal d) del mismo artículo al "Formar y capacitar a las personas en general para el uso correcto de todos los medios de transporte terrestre"

Por lo tanto es posible identificar que una de las formas en las que se pretende conseguir la disminución del cometimiento de infracciones de tránsito así como su reincidencia es precisamente mediante la educación vial.

Este criterio se ha manifestado mediante varios programas de educación vial como la campaña "Road Show"¹⁴⁷ promovida por la Secretaría de Movilidad del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, campañas como "Corazones Azules", "Conductor Elegido", "Maneja con la Cabeza", "No más peatones imprudentes en las vías", "Paquito el Ecuador" todas

¹⁴⁶ Villanueva Javier. Op. Cit. Págs. 446-447

¹⁴⁷ Agencia Pública de Noticias Quito, *Campaña de seguridad vial para reducir accidentes de tránsito*. Internet. http://www.noticiasquito.gob.ec/Noticias/news_user_view/campana_de_seguridad_vial_para_reducir_accidentes_de_transito--7951. (Acceso: mayo 2013)

promovidas por la Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial¹⁴⁸ lo que pone en evidenciando la importancia de la educación como forma ideal de prevención de accidentes de tránsito.

Como se puede notar la educación en materia de tránsito es un eje trascendental en la prevención, se debe recordar que las infracciones de tránsito no solo se producen en razón de la imprudencia, impericia o tránsito sino también por la “inobservancia de las leyes, reglamentos, resoluciones y demás regulaciones de tránsito” según el artículo 160 de la LOTTSV.

El desconocimiento como un hecho generador de infracciones de tránsito se aplaca simplemente con educación.

Quedó sentado que la mediación es el lugar natural de la justicia restaurativa. El tratamiento del conflicto con un resultado restaurativo supone un resultado adicional y es la reeducación de las partes, por lo que un mediador correctamente capacitado tratará directamente con víctima y victimario instruyéndolas en la normativa que deben respetar y que en algunos casos su simple ignorancia causó el accidente.

ANÁLISIS

¹⁴⁸ Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial DNCTSV. Internet. <http://dnctsv.policiaecuador.gob.ec/index.php?id=1171>. (Acceso : mayo 2013)

Conforme las estadísticas ecuatorianas, la gran mayoría de delitos se producen heridos según los datos que maneja el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Los accidentes de tránsito en el 2011, produjeron 21.221 víctimas, de las cuales el 9.7 por ciento, fallecieron, el 89.2 por ciento, quedaron heridas y el 1.1 por ciento y quedaron con traumatismos. Para el año 2010 el panorama no es diferente: 10.3 produjeron muertos, 88.3 heridos y 1.4 por ciento respectivamente.¹⁴⁹

Finalmente en el primer bimestre del presente año la tendencia no ha cambiado. La Agencia Nacional de Tránsito señala que en 3358 accidentes de los que resultaron heridos¹⁵⁰ frente a 380 accidentes donde se produjeron víctimas mortales.¹⁵¹, esto representa un 10.1 por ciento para muertes frente a casi un 90 por ciento de heridos.

Queda claro que la gran mayoría de accidentes de tránsito tienen como resultado dejar herida a la víctima, esta no es una tendencia única el Ecuador, sino que se produce a nivel internacional en países como Colombia, Perú y Bolivia.¹⁵²

Para obtener una noción de la aplicabilidad de un proceso de mediación en materia de tránsito en estos casos, se procedió a realizar una cantidad limitada de entrevistas a personas relacionadas con la mediación y el conflicto derivado de un accidente de tránsito, que no hacen más que ilustrar las opiniones de algunos de los actores de un proceso de tránsito y recoger en muchos casos la opinión de la ciudadanía en general ampliamente difundida en los medios públicos y hasta en la doctrina.

¹⁴⁹ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC. Estadísticas de accidentes de tránsito años 2010 – 2011. Internet.

http://www.inec.gob.ec/estadisticas/index.php?option=com_remository&Itemid=&func=startdown&id=61&lang=es&TB_iframe=true&height=250&width=800(Acceso : mayo 2013). (La tabla estadística se encuentra en anexos)

¹⁵⁰ Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de heridos en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013. Internet. <http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/281-6-heridos-a-octubre-2012> (Acceso: mayo 2013) (La tabla estadística se encuentra en anexos)

¹⁵¹ Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de víctimas mortales en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013. Internet.<http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/285-9-muertes-a-octubre-2012> (Acceso: mayo 2013) (La tabla estadística se encuentra en anexos)

Agencia Nacional de Tránsito. Comparación Andina entre accidentes de tránsito. Internet. <http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/286-12-comparacin-andina> (Acceso: mayo 2013) (La tabla estadística se encuentra en anexos)

Las entrevistas contaron con un pequeño banco de preguntas y se encuentran recogidas en los anexos del presente trabajo, tanto en CD como por escrito en dos casos.

A modo de ejemplo¹⁵³ se puede exponer el caso de un accidente de tránsito en el que se produce el impacto entre un automóvil y un ciclista ocasionándole heridas a este último. El ciclista sería trasladado hasta el hospital mientras se elabora el parte policial y es remitido al fiscal en las 24 horas conforme el artículo 163 de la LOTTSV además se produciría la detención del presunto responsable para ponerlo a órdenes del fiscal y se dicte el correspondiente auto de orden de detención para la realización de la audiencia de formulación de cargos y la aprehensión del vehículo.

Durante el transcurso de la instrucción fiscal serán practicadas las diligencias ordenadas por la Ley, examen médico legal, reconocimiento pericial de los vehículos y la valoración de los daños causados. En este momento procesal podría una parte solicitar al Juez de Garantías Penales la derivación de la causa a un centro de mediación autorizado para que se lleve a cabo la audiencia de mediación.

A la misma comparecerá el presunto ofensor con custodia policial, si aún se encuentra privado de su libertad, o si se ha solicitado la medida sustitutiva acudirá por sus propios medios.

El herido acudirá al centro de mediación si sus lesiones le posibilitan, sino acudiría un mediador independiente, es en este punto donde se dará origen a la “mediación restaurativa”

La mediación bajo este punto de vista empezará con las formalidades establecidas en el reglamento de cada centro y su desarrollo versará sobre los sucesos que generaron el conflicto.

En este punto el mediador altamente capacitado, hará uso de las técnicas propias para descomponer el conflicto. Como sostiene la escuela transformadora Folger “*empoderando*” a las partes y produciendo lentamente el reconocimiento y revalorización entre ellas.

Una variedad de acontecimientos pueden devenir durante la audiencia, de mediación, un mediador hábil hará entender a las partes que no se encuentran en un juzgado ni él es un juez, por lo que no tienen que “convencerlo” de nada, que el proceso a desarrollar es confidencial y

¹⁵³ El proceso adoptado en el caso expuesto se encuentra conforme la propuesta normativa del punto 1.6 del primer capítulo.

privado, en fin, manejar un discurso familiar que aminore la tensión entre las partes reduciendo los efectos nocivos del conflicto, *desescalándolo*.

De la conversación entablada las partes se pueden conocer los elementos que terminaron en el accidente, ahora manejado como conflicto, las circunstancias y posturas de cada parte.

El conductor resultó ser una persona que fruto de la crisis invirtió sus ahorros en la adquisición de su vehículo que lo iba a utilizar para transportar a los compañeros de clase de sus hijos y de esa forma obtener una fuente de ingreso, es padre de tres y sostén de familia, ahora endeudado para solventar los gastos del litigio, cuya familia necesita sustento, alimentación, pago de escolaridad. Gastos no cubiertos por su obligatoria permanencia en detención.

El ciclista es una persona que simplemente viajaba distraído con la música de sus audífonos trasladándose por la vía a pesar de contar con las seguridades debidas en cascos y guantes que previnieron un daño peor que la pierna rota diagnosticada con incapacidad para realizar sus actividades habituales de 30 días. El accidente le ocasionó que perdiera su trabajo por la prolongada ausencia. Él al igual que el conductor tiene familia y gastos que cubrir.

Todo este conjunto de circunstancias que son expuestas a breves rasgos, son halladas en la mediación y comprendidas, por las partes que advierten que frente a ellas no se encuentra la parte contraria, un procesado, un imputado, un criminal o un simple escrito que se esfuerza por negar lo ocurrido (que inclusive muchas veces es simplemente un formato mal llenado), si no se encuentra otro ser humano, tal como él, vulnerable, con fortalezas, necesidades, personas que dependen de él y le esperan en su hogar.

Como resultado exitoso, y esperado de este encuentro es precisamente la obtención del reconocimiento y revalorización entre las partes. El ciclista podrá observar la situación de la persona que le ocasionó daño, probablemente logre evaluarla y se dará cuenta que inclusive se encuentra en circunstancias peores que las de él.

El conductor será testigo de las consecuencias de sus actos, a pesar de no querer causar daño fue imprudente e iba a velocidad considerable, creyó que el uso de la bocina sería suficiente para detener al ciclista quien tenía preferencia en la vía. Constata que su decisión desacertada no solo lesionó a una persona, sino que le quitó el trabajo a un padre de familia tal y como él.

Surge entonces el objetivo mismo de la justicia restaurativa produciéndose el arrepentimiento del victimario y el perdón de la víctima, un acto voluntario y genuino, no impuesto, obligado, a modo de castigo como lo concibe de manera alterada la justicia tradicional.

El resultado restaurativo, como se ha expuesto en este trabajo, no solo quedará encerrado en las paredes de la mediación, no solo se limitará a la víctima y victimario sino que trascenderá a las familias de las partes decreciendo el conflicto hasta niveles sociales.

Las partes no solo llegarán a un acuerdo más justo, consensuado y libre, sino que pueden procurar ayudarse mutuamente. El conductor podría comprometerse a llevar al ciclista a las citas médicas, el ciclista lo recomendará para que pueda seguir trabajando. Las partes verán satisfechas sus pretensiones, se restaurará la confianza en el sistema de justicia¹⁵⁴, se repara el tejido social lesionado, las relaciones entre pares, cambiando la cultura litigiosa, la cultura de conflicto por una cultura de consenso, de arreglo, de perdón, alcanzando finalmente un objetivo esquivo para la justicia: la paz.

Si bien se ha mostrado el mejor resultado posible, que podría ser criticado como profundamente altruista, irreal e inalcanzable (a pesar de que los casos de mediación tienen en general un altísimo índice de éxito como se revisó en la sección de derecho comparado) No deja de ser una posibilidad plausible, aunque se diga que probamente no todos los casos terminen de esta forma.

Elías Neuman ya advirtió esa resistencia al cambio de paradigma:

No cabe duda de que habrá que dar batalla contra juristas de mensajes unívocos amantes dogmáticos de tradiciones y leyes que difícilmente pueden asimilarse con estas ideas; y la otra batalla deberá rendirse con irresistible rigor contra el sentimiento de vindicta social tan arraigado¹⁵⁵

¹⁵⁴ Conforme la opinión del señor Juan Sebastián Arroyo información obtenida mediante entrevista el 10 de junio del 2013. No se hace más que confirmar una opinión general: la pérdida de confianza en el sistema penal y la necesidad de una reparación que no solo sea pecuniaria, en señor Arroyo hace énfasis en un apoyo psicológico.

¹⁵⁵ Neuman Elías. Op. Cit. Pág. 52.

Ante la resistencia al cambio, ante la crítica, ante las mentes testarudas, cabe la pregunta ¿Podría, de la forma más remota, presentarse este tipo de resultado en una justicia retributiva litigiosa como la actual?

Como se ha señalado existen efectos subsidiarios beneficiosos de este tipo de mediación, como la intervención del mediador en un rol educador, instruyendo a las partes tanto en aspectos legales, como por ejemplo, apuntando el peligro que corre un ciclista al llevar audífonos mientras se conduce, acto que también se encuentra contemplado como obligación de los ciclistas en el numeral 3 del artículo 302 del Reglamento General para la aplicación de la LOTTSV “Abstenerse de llevar puestos auriculares que no permitan una correcta audición del entorno”

O la obligación del conductor del vehículo de mantener la distancia de 1.5 metros del ciclista como lo señala el artículo 175 del mismo Reglamento, información que inclusive pudo haber prevenido el accidente.

Continuando con el ejemplo, el acta de acuerdo total en la que, a más de ser plasmados los resultados restaurativos, contiene el acuerdo de cubrir los gastos médicos por parte del conductor, será presentada de manera conjunta ante el juez de garantías penales para fije día y hora para que se lleve a cabo la audiencia en la que se acepte el acuerdo archivando de manera temporal la causa hasta que se conozca el cumplimiento total del acuerdo.

CONCLUSIONES

1.- La mediación responde a los principios constitucionales de mínima intervención penal y de oportunidad, destinando precisamente los casos más graves a la injerencia judicial. Se presenta

como una alternativa al ejercicio de la acción penal sin que se constituya en un reemplazo o exclusión del sistema judicial que pasa a ser verdaderamente de *última ratio*, procurando ciertamente un uso eficiente y racional de los recursos del Estado ya que logra mayor agilidad en el proceso penal y descongestionamiento de la justicia.

2.- La transacción en materia penal es una práctica llevada a cabo con normalidad en el Ecuador, las partes pactan en torno a la reparación pecuniaria del delito comprometiéndose a no perseguir acción penal futura en el futuro. Por lo tanto, siendo posible la transacción en materia de reparación civil en delitos de tránsito, la mediación es plenamente posible, al menos para tranzar en el resarcimiento económico.

3.- La mediación tiene cabida a lo largo de un conflicto derivado de un delito de tránsito ya que previene un litigio eventual y tiene carácter de extrajudicial, por lo tanto es posible ubicarlo en la etapa preprocesal de indagación previa durante el proceso y aún ejecutada la sentencia.

4.- La mediación no solo se puede insertar en cualquier etapa de un conflicto derivado de tránsito, sino que por su estrecha relación con los principios de oportunidad y mínima intervención, los acuerdos sólidos logrados por las partes pueden incentivar el uso de las alternativas a la acción penal, como el archivo provisional de la denuncia en la etapa de indagación previa siempre que el fiscal considere que no existen antecedentes necesarios para iniciar la investigación conforme el artículo 172 de la LOTTSV, actuando en virtud de los principios mencionados de mínima intervención y oportunidad.

5.- De igual manera una mediación exitosa, plasmada en un acta de acuerdo, al presentarla al fiscal podría provocar la abstención del ejercicio de la acción penal en razón del principio de oportunidad, tanto en la etapa de indagación previa como de instrucción fiscal, siempre que el

delito no implique la vulneración a los intereses del estado y tenga una pena máxima de cinco años de prisión.

6.- Los casos previstos en el artículo 170 de la LOTTSV, es decir los delitos en que solo hubiesen daños materiales y/o lesiones que produzcan incapacidad física de hasta 90 días, presentan el campo ideal para la instauración de la mediación en delitos de tránsito, ya que permite el arreglo extrajudicial entre las partes y la extinción de la acción penal como fruto del acuerdo. Se debe destacar que de producirse este arreglo en etapa de indagación previa la extinción podría provocar la desestimación de la denuncia por existir un obstáculo legal insubsanable como lo determina el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal.

7.- La mediación reporta un gran beneficio ofreciendo una solución, rápida, eficaz y económica a un conflicto, respondiendo a los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, principios propios del sistema procesal que busca la realización de la justicia. En su naturaleza está el objetivo de descongestión del saturado sistema judicial, pero también tiene beneficios con la comunidad como un incremento en el sentido de pertenencia de las personas hacia el sistema de justicia ya que construyen sus propias soluciones y no miran el desarrollo del proceso desde un punto de vista alejado.

8.- Si bien se señala que la mediación tiene desventajas tales como la arraigada cultura de litigio, el temor al cambio y resistencia de los operadores de justicia y abogados por adoptar un sistema que no se base en la justicia retributiva, la falta de marco normativo suficiente que sustente facilite la aplicación de la mediación, la supuesta incapacidad de la mediación para manejar todos los casos o la falta de entrenamiento de los mediadores, solo develan que las desventajas giran en torno a las limitaciones que supone su aplicación, es decir, la mediación como institución no presenta desventajas de fondo sino de forma, plenamente superables mediante reforma normativa, culturización o una apropiada capacitación.

9.- La mediación tiene ventajas sobre las formas tradicionales con las que se solventa un conflicto derivado de un delito de tránsito en las que intervienen de las partes para su resolución: la negociación recogida mediante acta transaccional y el acuerdo reparatorio.

La mediación se impone al acuerdo reparatorio ya que no está sujeto a la limitación temporal de esta figura, es decir desde la instrucción fiscal y hasta cinco días después que el tribunal de garantías penales avoque conocimiento. Como se ha señalado la mediación puede operar desde etapas anteriores como posteriores a éstas. No obstante se ha presentado la posibilidad de presentar el acta de mediación como suerte de acuerdo de reparación, que, salvando los inconvenientes como el insuficiente desarrollo de normativa en mediación penal, podrían ser figuras no necesariamente excluyentes.

A diferencia del acta transaccional, la mediación no requeriría la intervención del notario o juez para el reconocimiento de firma y rúbrica, ya que la sola firma del mediador le otorga presunción de legitimidad, logrando que las partes no incurran en gastos monetarios ni de tiempo, promoviendo un efectivo acceso gratuito a la justicia.

El acta transaccional en caso de incumplimiento, deberá tramitarse mediante juicio ejecutivo, no así el acta de mediación que se ejecuta directamente por la vía de apremio. Una vez más la mediación se muestra como respuesta rápida y efectiva previniendo las dilaciones innecesarias.

10.- Finalmente la gran ventaja de la mediación sobre el acta transaccional y el acuerdo reparatorio es la participación de un tercero neutral que procurará el equilibrio de las partes para que lleguen a un acuerdo mutuo. Y más valioso aún resulta el rol que ejerce la mediación en la reparación entre las partes y la restauración social como fin último, objetivos difíciles sino imposibles de alcanzar con la transacción o acuerdo reparatorio que no dejan de ser pasos procesales.

11.- La experiencia internacional muestra el avance en la mediación penal. Desde países como Colombia, Chile, Argentina hasta Estados Unidos, España y Alemania se puede evidenciar la

importancia y fomento que la mediación supone para estos países avanzando en la mediación entre víctima y ofensor.

12.- El sistema penal actual basado en la justicia retributiva descuida a la reparación de las víctimas centrándose en el castigo del victimario, se escuda en el formalismo, en prácticas mecanicistas que lejos han quedado de alcanzar la verdad material, no repara al afectado en su honra, dignidad y demás derechos intangibles que indudablemente son lesionados al momento del cometimiento del delito. La justicia restaurativa aparece como propuesta que se centra en esta reparación, procurando que se produzca el arrepentimiento del victimario y el perdón de la víctima. Integra a los actores del conflicto para que busquen soluciones restauradoras y finalmente la reparación alcanzará a la sociedad restableciendo los lazos sociales.

13.- La mediación es el lugar natural de la justicia restaurativa, son dos caras de la misma moneda. Sin embargo para la inserción de este tipo de justicia no es suficiente el uso del modelo tradicional de mediación derivado de la negociación. Resulta más acertado volcarse hacia otros modelos discursivos como la mediación transformadora promulgada por Baruch y Folger ya que mira al conflicto como una oportunidad de generar cambio en los individuos. Logrando su acercamiento mediante el reconocimiento y la revalorización, no solo logra instruir a las partes en que son ellas mismas quienes tienen el poder resolver el conflicto, sino que consiguen “ponerse en los zapatos del otro”. La mediación por lo tanto se convierte en una herramienta adecuada para que se produzca el encuentro entre víctima y victimario, no solo para “negociar” la reparación de los daños, en su lugar origina un verdadero cambio en ellos.

14.- La mediación bajo este nuevo enfoque a más de lograr la reparación entre víctima y victimario logra trascender hasta la sociedad misma, promoviendo la paz social y la restauración del tejido social lesionado, le devuelve la fe a las personas para confiar en sus propios pares y en el propio sistema de justicia.

15.- El rol del mediador en la mediación restaurativa empieza por el de ser un tercero que acerque a las partes, debe ser un profesional altamente capacitado, hábil y diestro, considerando que buscará como fin último el logro del arrepentimiento y perdón. No solo será un asistente en una negociación, sino que procurará la comunicación entre las partes y surgiendo opciones de reparación de acuerdo entre las partes, el mediador debe procurar alcanzar el equilibrio entre ellas ya que no siempre se arriba a la mediación en igualdad de condiciones.

16.- La mediación es un proceso confidencial y privado que genera un ambiente de confianza propicio para el tratamiento del conflicto y el encuentro entre víctima y victimario como propone la justicia restaurativa, promoverá su acercamiento y los procesos de reconocimiento y revalorización en un ambiente controlado donde participa un tercero neutral que regula el ritmo del encuentro. Este acercamiento entre ofendido y ofensor, tan necesaria para la justicia restaurativa, es imposible de alcanzar en el proceso litigioso, tradicional, de naturaleza público, confrontativo, en el que el juez es una figura lejana sin contacto verdadero con las partes y que no es participe del conflicto, que como dice Neuman simplemente olvidará lo que necesitaban la partes.

17.- Los conflictos tienden a agravarse o escalar afectando tanto a los actores como a sus familias, existen factores tanto de escalada como de desescalada. La mediación restaurativa, que procura el encuentro entre víctima y victimario, promueve los factores de desescalada del conflicto al ser un proceso privado y confidencial contrario al proceso judicial que, al ser público, expone a las partes a los factores de escalada como la participación de terceros influyendo sobre la víctima y victimario distorsionando el conflicto haciéndolo más difícil de manejar. De ahí la necesidad de que la mediación se lleve a cabo de manera inmediata.

18.- Folberg y Taylor afirman que los acuerdos alcanzados en consenso reducen la ansiedad y otros efectos negativos propios del conflicto, sobra decir que la mediación es el espacio en donde esto es posible. Adicionándose a esta noción se encuentra el aporte de la justicia

restaurativa introducida en la mediación, como ejemplo se encuentran los VORP estadounidenses en los que un tratamiento de reconciliación ha contribuido a la reparación del tejido social. Introducida esta noción a la realidad ecuatoriana significaría contribuir a un objetivo mucho mayor, alcanzar un estado de buen vivir.

19.- El proceso judicial no es eficaz para la reparación a la víctima, inclusive es contraproducente causando el efecto totalmente contrario: revictimizándola, ignorándola y centrándose únicamente en el castigo. Los principios de reparación de a la víctima, los ideales constitucionales del artículo 78: la protección de la víctima ante amenaza y otras formas de intimidación, el reconocimiento de la verdad de los hechos, la satisfacción del derecho violado, la no repetición, son solo letra muerta.

La justicia retributiva no atiende a las circunstancias de los seres humanos, circunstancias olvidadas por esta justicia concentrada en el castigo, olvidadas para el sistema de justicia, para el juez, para los fiscales.

Circunstancias ignoradas absolutamente hasta por la parte contraria, que, de no ser por el acercamiento que supone la mediación, permanecería al margen del proceso, molesta, acrecentando su ira e impotencia, volcando su ira en el lento sistema que no responde.

Se deforma la reparación de tal manera que se limita a la entrega de una suma de dinero. La mediación que pone en práctica la justicia restaurativa mantiene la esperanza de alcanzar una verdadera reparación a la víctima, atendiendo verdaderamente a su dignidad y a su honra. Es un espacio en las propias partes son quienes propondrán fórmulas de arreglo acercándose a estos ideales tan ajenos y distantes para la justicia retributiva.

20.- La mediación no es solo una posibilidad sino una necesidad para cambiar la visión de resolver conflictos, la mediación trae consigo un mensaje y es que somos las personas capaces de resolver los problemas por nosotros mismos. La “Mediación Restaurativa” es la aplicación misma de la justicia restaurativa, es dar vida a los principios de esta forma de entender la justicia para que no sean solo un ideal. Esta justicia responde a la necesidad de la víctimas en su reparación, humaniza el derecho penal y reconoce como seres humanos la víctima y

victimario. Hace uso de la mediación como su herramienta más eficaz ya que promueve el contacto entre directo entre las partes en un ambiente privado y controlado, hace entender a las mismas que son personas y no “la parte contraria”, se proponen fórmulas de reparación producidas espontáneamente por ellas logrando finalmente el reconocimiento y revalorización que en su máxima expresión se condensa en el arrepentimiento del victimario y el perdón de la víctima logros imposibles para la justicia tradicional basada en la justicia retributiva. Alcanza como fin último el restablecimiento del tejido social lesionado, la recuperación de la fe no solo en el sistema de justicia, sino en las personas. Finalmente se aproxima firmemente a un objetivo cada vez esquivo, fin y razón de la justicia: el restablecimiento de la paz.

RECOMENDACIONES

Al proceso penal:

- 1.- Instaurar la mediación restaurativa como en el procedimiento penal de tránsito la experiencia internacional y la tendencia contemporánea de voltear la atención a la víctima vaticinan éxito en procesos derivados de conflictos culposos o de menos impacto social.
- 2.- Reformar el marco legal para alcanzar una apropiada inserción de la mediación en el procedimiento penal de tránsito.
- 3.- Establecer un plan piloto que instaure la mediación restaurativa en delitos de tránsito en los casos contemplados en el artículo 170 de la LOTTSV.

Al proceso de mediación:

- 1.- Adaptar el procedimiento de mediación actual a la justicia restaurativa convirtiéndola en una herramienta para su aplicación trascendiendo de ser una instancia de mera negociación en un escenario ideal para que se produzca la reparación de la honra, dignidad y demás bienes intangibles lesionados en un delito de tránsito.
- 2.- Establecer centros de mediación especializados en materia penal desde las instancias vinculadas con la administración de justicia como Ministerio de Justicia, Procuraduría General del Estado, Defensoría Pública o Consejo de la Judicatura.
- 3.- Capacitar mediadores en materia penal capaces de manejar el conflicto no solo desde el punto de vista legal sino de manera integral, como una oportunidad de alcanzar un cambio en la sociedad misma, acercando a las partes y asistiéndolas para lograr la consecución de los objetivos de la justicia restaurativa.

A los operadores de justicia y profesionales del derecho:

1.- Realizar campañas de promoción de la mediación como método adecuado para solventar los conflictos de tránsito.

2.- Superar la resistencia arraigada del derecho penal tradicional y punitivo, promoviendo el debate y conocimiento de la justicia restaurativa además de su aplicación real mediante la mediación.

A la Academia:

1.- Instruir en justicia restaurativa, ofreciendo varios puntos de vista no únicamente desde las escuelas tradicionales aportando a sus los alumnos la oportunidad de conocer distintas visiones del derecho penal y escoger entre distintas corrientes.

BIBLIOGRAFÍA:

LIBROS:

- Albán Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Quito-Ecuador, Ediciones Legales, Edición Digital de Fielweb, 2013.

- Amstutz Jorgelina I Mazzarantani Elda, Paillet Marta N. *Pedagogía de la Paz, Construir la Convivencia manejando adecuadamente los Conflictos*, Edit. Fundación Bica Santa Fe, 2004.

- Baruch Bush R.A y Folger J.P. *La Promesa de la Mediación*, Argentina, Editorial Granica, 2006.

- Fisher Roger, Ury William y Patton. *Sí... ¡De acuerdo!*, Colombia, Editorial Norma, 2da reimpresión, 1993.

- Folberg Jay y Taylor Alison, *Mediación, resolución de conflictos en litigio*, México DF, Editorial Limusa, 1992.

- Gallegos Bolívar. *La Responsabilidad en el delito de tránsito*, Quito, Imprenta Impublic, 2010.

- Grover Karen, Grosch James y Olczak Paul (comp). *La Mediación y sus contextos de aplicación*, Barcelona, España, Editorial Paidós Ibérica, S.A, 1996.

- Highton Elena y Álvarez Gladys. *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Argentina, Editorial AD-HOC, segunda reimpresión, 1996

- Jones Tricia y Folger Joseph P (comp). *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1997. Pág. 41.

- Manzanares Samaniego José Luis. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 2007.

- Mnookin J, Kolb D y otros. *Mediación una respuesta interdisciplinaria*, Buenos Aires Argentina, Editorial universitaria de Buenos Aires, 1997.

- Neuman, Elías. *Mediación y conciliación penal*. Buenos Aires, Ediciones Depalma Argentina, 1997.

- Proaño Moya Diego. *Nuevas perspectivas en la resolución de conflictos, documento elaborado a base de “Nuevos Paradigmas para la resolución de conflictos” D. Schnitman*. Curso de formación de mediadores del Centro de Mediación de la PUCE 2011.

- Ramirez Gallegos René. *Socialismo del Sumak kawsay o biosocialismo republicano*, Ecuador, Editorial Don Bosco, 2012.

- Redorta Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Barcelona, España, Ediciones Paidós Ibérica, S.A, 2004.

- Rettberg Angélica. *Entre el perdón y el paredón: preguntas dilemas de la justicia transicional*, Bogotá Colombia, Ediciones Uniandes, 2005.

- Suares Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 1996.

- Suares Marínés. *Mediando en Sistemas Familiares*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Paidós, 2005.

- Vaca Andrade Ricardo, *Alternativas al ejercicio de la acción penal*. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2012.

- Vintimilla Saldaña Jaime y Ubidia Andrade Santiago. *Métodos Alternativos de Manejos de Conflictos y la Justicia Comunitaria en el Ecuador*, CIDES Unión Europea, programa regional de justicia de paz programa andino de derechos humanos y democracia 2002-2005

- Villanueva Meza Javier Antonio. *El principio de oportunidad: justicia restaurativa, transicional y transaccional: mediación penal y conciliación civil en el sistema penal acusatorio*, Medellín Colombia, Librería Jurídica Sánchez, segunda edición, 2011.

- Yávar Nuñez Fernando y otros. *Manual Práctico Teórico sobre: Delitos de Tránsito*, Ecuador, Editorial Feryadú, 2011.

REVISTAS:

- Bravo Patricia, “El nuevo rol del abogado en los métodos alternativos de solución de conflictos”. *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 4, (agosto 2010), Ecuador, 2010.

- Domingo de la Fuente Virginia, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal”. *Revista de derecho penal. LEX NOVA*, Numero 23, (2008). Internet. <http://www.justiciarestaurativa.org/news/justicia-restaurativa-y-mediacion-penal> (Acceso: marzo 2013)

- Nina Leonardo, Beneficios de la Mediación, *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 1, (abril 2008), Ecuador, 2008

- Román Milton, “Mediación penal, perspectivas de los medios alternativos de solución de conflictos y la justicia penal”. *Revista El Mediador, publicación del centro de mediación/Procuraduría General del Estado*, número 2, (agosto 2008), Ecuador, 2008

FUENTES DE INTERNET:

- Agencia Pública de Noticias Quito, Campaña de seguridad vial para reducir accidentes de tránsito. Internet.

http://www.noticiasquito.gob.ec/Noticias/news_user_view/campana_de_seguridad_vial_para_reducir_accidentes_de_transito--7951. (Acceso: mayo 2013)

- Bert Peter. *German Mediation Act and the Mediation Committe: Final Compromise, Financial Incentives Added*. Internet.

<http://www.disputeresolutiongermany.com/2012/06/german-mediation-act-and-the-mediation-committe-final-compromise-financial-incentives-added/> (Acceso marzo 2013) (página en inglés)

- Criollo Mayorga Giovani. *Cuestiones de Mediación*. Internet.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=6120&Itemid=134. (Acceso: abril 2012)

- Criollo Mayorga Giovani. *Mediación Penal*. Internet.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6104:mediacion-penal&catid=26:arbitraje-y-mediacion&Itemid=420. (Acceso: abril 2012)

- Dávalos José Ignacio. *La Mediación Penal Como Método Alternativo de Resolución de Conflictos: Resultados Actuales en la República Argentina*. Internet,
http://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.pdf. (Acceso: marzo del 2013)

- Diario El Universo. *Aumentan las audiencias judiciales fallidas en el país*. Internet.
<http://www.eluniverso.com/2013/04/11/1/1355/aumentan-audiencias-fallidas-pais.htm>
(Acceso: Marzo 2013)

- Dirección Nacional de Control del Tránsito y Seguridad Vial DNCTSV. Internet.
<http://dnctsv.policiaecuador.gob.ec/index.php?id=1171>. (Acceso: mayo 2013)

- Duarte Estévez Jorge. *¿Es posible la mediación en tránsito?* Internet.
http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=6825:ies-posible-la-mediacion-en-transito&catid=256:noticias-de-interes, (Acceso marzo 2013)

- Gaceta Federal (Bundesgesetzblatt, BGBl. I, 2012, S. 1577). *Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios*. Internet.
http://www.bgbl.de/Xaver/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%5b@attr_id='bgbl112s1577.pdf'%5d#__Bundesanzeiger_BGBl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D'bgbl112s1577.pdf'%5D__1370880252032

- Hidalgo Huerta Juan José. Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal. Internet en:
http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2007/22/22_justicia_retributiva.pdf (Acceso marzo 2013)

- Página de la Corporación de Asistencia Judicial Regiones de Tarapacá y Antofagasta, *¿Que son las Corporaciones?* Internet. <http://www.cajta.cl/nosotros.html>. (Acceso: Marzo 2013)

- Página del Gobierno de Chile. *Tu problema tiene mediación.* Internet. <http://www.gob.cl/especiales/tu-problema-tiene-mediacion/>. (Acceso: Marzo 2013)

- Portal europeo de e-justice. Internet. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-maximizeMS-es.do?member=1 (Acceso marzo 2013)

- Rendón Josefina. *Mediación entre víctima y ofensor.* Internet. http://www.mediate.com/articles/mediacion_entre_v.cfm (Acceso: Marzo 2013)

- Secretaría de Gobierno, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. *Proceso De Mediación y Habilidades del Mediador.* Internet, <http://www.intermediacion.com/mediadorescomunitarios.htm>. (Acceso: abril 2012)

- Van Ness Dan. *Resultados Restaurativos.* Internet. <httpwww.pfi.orgcjrespanolenfoqueresultados-restaurativos>. (Acceso : marzo 2013)

- Yépez Andrade Mariana. *El Principio de Oportunidad y las Reformas al Código de Procedimiento Penal.* Internet, http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4771:el-principio-de-oportunidad-y-las-reformas-al-codigo-de-procedimiento-penal&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420. (Acceso marzo 2013)

CONFERENCIAS Y PONENCIAS:

- Mccold Paul y Wachtel Ted. *Búsqueda de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa*, ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología del 10 al 15 agosto 2003, Río de Janeiro, Brasil. Internet. http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NTYx (Acceso marzo 2013)

-Olson Cynthia. *Ponencia: Aplicando la mediación de los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa*, Seminario construyendo la justicia en América Latina. Heredia-Costa Rica septiembre, 2005. Disponible en www.justiciarestaurativa.com

ESTADÍSTICAS:

- Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de heridos en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013. Internet. <http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/281-6-heridos-a-octubre-2012> (Acceso: mayo 2013)

- Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de víctimas mortales en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013. Internet.<http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/285-9-muertes-a-octubre-2012> (Acceso: mayo 2013)

- Agencia Nacional de Tránsito. Comparación Andina entre accidentes de tránsito. Internet. <http://www.ant.gob.ec/index.php/descargables/file/286-12-comparacin-andina> (Acceso: mayo 2013)

- Estadísticas de causas que han alcanzado la culminación. Página la Función Judicial. Internet. <http://www.funcionjudicial.gov.ec/www/pdf/planificacion/estadisticas/Resumen%20Nacional%202008.pdf> (Acceso mayo 2013)

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC. Estadísticas de accidentes de tránsito años 2010 – 2011. Internet. <http://dnctsv.policiaecuador.gob.ec/index.php?id=1171> . (Acceso : mayo 2013)

LEGISLACIÓN:

- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, Publicado: 20 octubre 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial S. 544, Publicado: 09 marzo 2009.
- Código de Procedimiento Penal, Registro Oficial S. 360, Publicado: 13 enero 2000
- Código Penal, Registro Oficial S. 147, Publicado: 22 enero 1971
- Codificación del Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial S. 58, Publicado: 12 julio 2005 12 Jul 2005
- Codificación del Código Civil, Registro Oficial S. 46, Publicado: 24 junio 2005.
- Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417 Publicado: 14 diciembre 2006.
- Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial, Registro Oficial S. 398 Publicado: 07 agosto 2008.

- Reglamento General para la Aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Registro Oficial 2do. S. 731, Publicado: 25 Jun 2012.

- Proyecto de Código Penal Integral, presentado por el Presidente Constitucional de la República Rafael Correa Delgado, 9 de diciembre 2012.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Resolución No. 40/34 de la Organización de las Naciones Unidas, 29 de septiembre de 1985.

Colombia:

- Código de Procedimiento Penal, Ley 906, Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Chile:

- Ley que crea los Tribunales de Familia, Ley N° 19.968, Diario Oficial 25 de agosto 2004.

Argentina:

- Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, Ley 11.922, Boletín Oficial, 23 de enero de 1997.

Alemania:

- Ley de lucha contra el delito, octubre 1994.

- “Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung” o “Ley de fomento de la mediación y otros procedimientos de resolución extrajudicial de litigios”, 21 de julio del 2012.

España:

- Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores, Ley Orgánica 5/2000, BOE núm. 11 de 13 de Enero de 2000

ENTREVISTAS:

- Doctor Geovanni Goyes, Juez Séptimo de Tránsito de Pichincha, entrevista realizada el 07 de junio del 2013.

- Doctor Edmundo Naranjo, Juez Temporal del Tránsito de la Provincia de Pichincha y abogado en libre ejercicio, entrevista realizada el 07 de junio del 2013.

- Señor Juan Sebastián Arroyo, víctima del accidente de tránsito de la Cooperativa Putumayo del 23 de diciembre del 2011, entrevista realizada el 10 de junio del 2013.

- Doctora Luz Marina Serrano, defensora pública asignada al área de tránsito, entrevista realizada el 13 de junio del 2013.

- Msc. Doctor Edgar Andrade Illanes, Director Ejecutivo del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha, entrevista realizada el 07 de junio del 2013.

- Doctor Milton Román, profesor de derecho procesal penal de la Universidad internacional del Ecuador y profesor de teoría de la prueba en la Universidad Andina Simón Bolívar, entrevista realizada el 14 de junio del 2013.

- Doctora Lucy Núñez Jueza Segunda de Tránsito de Pichincha, entrevista realizada el 15 de junio del 2013.

- Doctor Álvaro Román Martínez, abogado en libre ejercicio y profesor universitario, entrevista realizada el 16 de junio del 2013.

ANEXOS

1. Capítulo III del Proyecto de Código Orgánico Penal Integral
2. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC. Estadísticas de accidentes de tránsito años 2010 – 2011.
3. Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de heridos en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013
4. Agencia Nacional de Tránsito. Estadísticas de víctimas mortales en accidentes de tránsito desde enero a febrero 2013.
5. Agencia Nacional de Tránsito. Comparación Andina entre accidentes de tránsito.
6. Glosario Básico de Términos usados en el presente trabajo
7. Cuadro comparativo entre Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa
8. Cuestionario de Preguntas para entrevistas
9. Entrevista Msc. Doctor Edgar Andrade Illanes, Director Ejecutivo del Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha.
10. Doctor Milton Román, profesor de derecho procesal penal de la Universidad internacional del Ecuador y profesor de teoría de la prueba en la Universidad Andina Simón Bolívar
11. CD que contiene las grabaciones de las entrevistas de:
 - Doctor Geovanni Goyes, Juez Séptimo de Tránsito de Pichincha.
 - Doctor Edmundo Naranjo, Juez Temporal del Tránsito de la Provincia de Pichincha y abogado en libre ejercicio.
 - Señor Juan Sebastián Arroyo, víctima del accidente de tránsito de la Cooperativa Putumayo del 23 de diciembre del 2011.
 - Doctora Luz Marina Serrano, defensora pública asignada al área de tránsito.
 - Doctora Lucy Núñez Jueza Segunda de Tránsito de Pichincha.
 - Doctor Álvaro Román Martínez, abogado en libre ejercicio y profesor universitario.